Der Okkupationserwerb geschäftsunfähiger Personen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Albrecht Müller
Regierungsreferendar in Posen.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1908.

Gedruckt mit Genehmigung der Hohen Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Geheimrat Professor Dr. Leonhard.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545318_0089

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung.

§ 1. Allgemeines über Geschäftsfähigkeit, Willenserklärung, Rechtsgeschäft, Rechtshandlung 1

§ 2. Begriff und Voraussetzungen der Okkupation nach früherem und heutigem Recht 5

B. Ausführung.

§ 3. Die Entscheidung unserer Frage nach dem Okkupationserwerb geschäftsunfähiger Personen hängt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch von der Beurteilung des „Eigenbesitzes“ ab 12

I. Erster Hauptteil.

§ 4. Geschäftsunfähige können zwar „Besitz“ erwerben,
1. wenn auch nicht nach den früheren Rechten . 15

§ 5. 2. so doch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.
a) Der Besitzbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs allgemein 19

§ 6. b) Entstehungsgeschichte unseres modernen Besitzrechts 23

§ 7. c) Besprechung der einschlägigen Literatur, und zwar
α) der Schriftsteller, die vollkommen unserer Ansicht sind 27

§ 8. β) die teilweise mit uns übereinstimmen . . 31

§ 9. γ) die die entgegengesetzte Ansicht vertreten 36

Seite

II. Zweiter Hauptteil.

§ 10. Aber Geschäftsunfähige können nicht „Eigenbesitz“ erwerben.

1. Der Begriff des Eigenbesitzes allgemein . . . 42

§ 11. 2. Besprechung der einschlägigen Literatur, und zwar

a) der Vertreter der gegnerischen Meinung . . 46

§ 12. b) der auf unserer Seite stehenden Schriftsteller 56

C. Schluß.

§ 13. Das Resultat unserer Untersuchung: Geschäftsunfähige Personen sind nach Bürgerlichem Gesetzbuch vom Okkupationserwerb ausgeschlossen 63

Literaturverzeichnis.

Affolter, Das Willensmoment beim Besitzerwerbe. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 17. Berlin 1900.

Albrecht, Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts. Königsberg 1828.

Auerbach, Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzers. In den Rostocker rechtswissenschaftlichen Studien von Matthiaß und Geffcken Bd. 3 Heft 3. Leipzig 1905.

Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts 42. Jahrg. Berlin 1898.

Bekker, Zur Reform des Besitzrechts. In Jherings Jahrbüchern Bd. 30. Jena 1891.

Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen. In Jherings Jahrbüchern Bd. 34. Jena 1895.

Bendix, Die Besitzlehre nach Bürgerlichem Gesetzbuch unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung. Im „Recht" Nr. 3 S. 45, 69. München, 10. 2. 1900.

Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1896.

Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3. Berlin 1898.

Burghoff, Der Besitzwille. Inaug.-Diss. Greifswald 1900.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Jena 1901.

Czyhlarz, De adquirendo rerum dominio. In Glücks Pandektenkommentar Bd. 41 u. 42. Erlangen 1887.

Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, herausgegeben von Jäntsch. Berlin 1899.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1. Berlin 1902.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Bd. 1. Halle a. S. 1894.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 3. Halle a. S. 1904.

Dittenberger, Der Schutz des Kindes gegen die Folgen eigener Handlungen im Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1903.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, herausgegeben von Leonhard. Bd. 2. Berlin 1904.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Abt. 1. Berlin 1905.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. Berlin 1903.

Entscheidungen des Königlichen Obertribunals. Bd. 55 u. 62. Berlin 1867 und 1870.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 54. Leipzig 1903.

Fischer, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Berlin 1887.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. München 1904.

Förster, Theorie und Praxis des preußischen Privatrechts, herausgegeben von Eccius. Bd. 3. Berlin 1883.

Frank, Der Besitzwille nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Inaug.-Diss. Bonn 1898.

Friebe, Ist zum Eigenbesitz der sogen. animus domini erforderlich? Inaug.-Diss. Breslau 1905.

Gesterding, Lehre vom Eigentum und solchen Rechten, die nahe kommen. Greifswald 1817.

Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht. Leipzig 1889.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1897.

Gimmerthal, Finden verlorener, derelinquierter usw. Sachen. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 52. Heidelberg 1869.

Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht. In der Berliner Festgabe für Gneist. Berlin 1888.

Hellmann, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. Freiburg i. Br. 1897.

Heusler, Die Gewere. Weimar 1872.

Hugo, Pandekten. Berlin 1805.

v. Jhering, Der Besitzwille. Jena 1889.

Kasten, Kann der Geschäftsunfähige nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch okkupieren? Inaug.-Diss. Freiburg i. Br. 1902.

Knauth, Die Bedeutung des Eigenbesitzes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Inaug.-Diss. Weimar 1906.

Kniep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht. Jena 1900.

Koch, Die Lehre vom Besitz nach preußischem Recht. Breslau 1839.

Krebs, Über Rechtshandlungen im engeren Sinne. Leipziger Inaug.-Diss. Borna-Leipzig 1905.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1903.

Kurts, Ist die Aneignung ein Rechtsgeschäft und welche Folgen hat dies? Inaug.-Diss. Rostock 1903.

Leonhard, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. Berlin 1900.

Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Bei Leonhard, Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts Heft 5. Breslau 1901.

Manigk, Zum Begriff des Rechtsgeschäfts. In der Deutschen Juristenzeitung 7. Jahrg. Berlin 1902.

Manigk, Die Voraussetzungen des Eigenbesitzes. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 25. Berlin 1905.

Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.

Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 3. Breslau 1901.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1 u. 3. Berlin 1888.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.

Pagenstecher, Römische Lehre vom Eigentum. Heidelberg 1857.

Pappenheim, Eigentumserwerb an Altertumsfunden. In Jherings Jahrbüchern Bd. 45. Jena 1903.

Graf Piniński, Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs nach gemeinem Recht. Bd. 2. Leipzig 1888.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, erläutert. Bd. 1 u. 3. Berlin 1906.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 3. Berlin 1899.

Raape, Besitzerwerb ohne Besitzwillen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Inaug.-Diss. Bonn 1901.

Randa, Der Besitz nach österreichischem Rechte. Leipzig 1895.

v. Savigny, Das Recht des Besitzes. Gießen 1837.

Schmitt, Die Okkupation als Eigentumserwerb. Inaug.-Diss. Erlangen 1902.

Siepmann, Besitzerwerb des Kindes. Göttingen 1892.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1 u. 3, erläutert von Kober, München 1898.

Strohal, Zum Besitzrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Jherings Jahrbüchern Bd. 29. Jena 1890.

Strohal, Zum Besitzrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Jherings Jahrbüchern Bd. 31. Jena 1892.

Strohal, Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Jherings Jahrbüchern Bd. 38. Jena 1898.

Thoma, Die Bedeutung des Besitzwillens im Besitzrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Inaug.-Diss. Freiburg i. Br. 1900.

Wendt, Besitz und Inhabung. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 74. Freiburg i. Br. 1888.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. Frankfurt a. M. 1887.

Zachariä, Handbuch des französischen Zivilrechts, bearbeitet von Crome. Bd. 1. Freiburg i. Br. 1894.

Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bei Bekker und Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 7. u. 8. Heft. Berlin 1889 u. 1890.

Einleitung.

§ 1.

Das Bürgerliche Gesetzbuch vom 18. August 1896 sagt in § 104: Geschäftsunfähig ist:

1. wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat;
2. wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist;
3. wer wegen Geisteskrankheit entmündigt ist.

Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist nach § 105 Abs. 1 nichtig; da nun das Bürgerliche Gesetzbuch die Begriffe „Rechtsgeschäft“ und „Willenserklärung“ einander völlig gleichstellt — obgleich genau genommen die Willenserklärung nur ein Element des Rechtsgeschäfts ist[1]) —, so ist also der Geschäftsunfähige nicht imstande, ein Rechtsgeschäft abzuschließen.

Was versteht man aber überhaupt unter „Rechtsgeschäft“? Manigk weist in seiner Studie „Zum Be-

[1]) vgl. Mot. zu dem Entw. eines BGB. Bd. 1 S. 126.

griff des Rechtsgeschäfts“ [1]) darauf hin, daß dieser Ausdruck am Anfang des vorigen Jahrhunderts durch Hugo [2]) in die gemeinrechtliche Wissenschaft eingeführt worden ist. Seitdem wird er überall in der Literatur wie in der Gesetzgebung verwertet, ohne daß man in der Definition dieses Begriffes ganz einig ist.

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch handelt im dritten Abschnitt des ersten Buches von den „Rechtsgeschäften“. Aber der 1. Entw. eines Bürgerlichen Gesetzbuches sowohl wie das Gesetz selber schweigen über das Wesen dieses Begriffes. Und zwar mit Recht, möchten wir behaupten. Denn es ist gar nicht die Aufgabe eines Gesetzbuches, Begriffe zu definieren. Hellmann [3]) weist ganz richtig auf den römischen Satz hin: „Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat“. [4]) Die Gesetzgeber haben es der Wissenschaft, deren vornehmste Aufgabe die Begriffsbildung ist, [5]) überlassen, den Begriff des Rechtsgeschäfts aus den Worten des Gesetzes selbst zu extrahieren.

Die Motive [6]) zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches enthalten eine Definition; sie nennen

---

[1]) Manigk in der DJZ. 7. Jahrg. S. 279—282.

[2]) Hugo, Pand., Berlin 1805.

[3]) Hellmann, Vorträge über das BGB., allgem. Teil S. 59.

[4]) Ähnlich Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entw. eines BGB. S. 19.

[5]) vgl. Manigk a. a. O. S. 280.

[6]) Mot. Bd. 1 S. 125.

Rechtsgeschäft „eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist". Planck[1]) bemerkt hierzu: „Dieser Begriff liegt, obwohl der Wissenschaft freier Spielraum gewährt wird, im wesentlichen den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Rechtsgeschäfte zugrunde".

Wenn wir nun im folgenden die Frage des Okkupationserwerbes geschäftsunfähiger Personen behandeln wollen, so liegt der Gedanke nahe, die Okkupation auf ihre rechtliche Natur hin zu untersuchen. Wir betreten damit das große Gebiet, das durch die beiden Begriffe „Rechtsgeschäft" und „Rechtshandlung" gekennzeichnet wird. Ein Blick in die umfangreiche Literatur zeigt uns, daß hier von den verschiedenen Schriftstellern die verschiedensten Meinungen vertreten werden. Namentlich streitet man über das Wesen der Okkupation und der Dereliktion, die heimatlos auf dem Gebiete der rechtlichen Handlungen umherirren.[2])

Ein großes Verdienst um die Klärung der bedeutsamen Frage, wo die Grenze zwischen „Rechtsgeschäft" und „Rechtshandlung" liegt, hat sich zweifellos Manigk erworben durch seine Schriften „Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte"

---

[1]) Planck Bd. 1 S. 142.

[2]) vgl. Manigk in Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerl. R. Heft 5 S. 24.

und neuerdings „Willenserklärung und Willensgeschäft“. In Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung sieht Manigk den Hauptunterschied zwischen den beiden Begriffen darin, daß dem Rechtsgeschäft im Gegensatz zur Rechtshandlung der Erfolgswille essentiell ist.[1]) Als neu tritt uns bei ihm der Begriff des „Willensgeschäftes“ entgegen, das zu dem sogen. „Erklärungsgeschäft“ den Gegensatz bildet; während bei ersterem Geschäft ein Erfolgswille des Handelnden nur vorhanden zu sein braucht, ist bei letzterem erforderlich, daß dieser Wille auch erklärt wird. Als ein solches „Willensgeschäft“ bezeichnet der Verfasser auch die Okkupation. Seine eingehende Behandlung aller dieser Fragen eröffnet weite Perspektiven. Wir müssen darauf verzichten, an dieser Stelle näher auf die Materie des Rechtsgeschäfts einzugehen, da dies die Grenzen unseres Themas bedeutend überschreiten würde.

Wie unsere Arbeit des weiteren zeigen wird, bedarf es nämlich zur Beantwortung unserer Frage nach dem Okkupationserwerb geschäftsunfähiger Personen auch gar nicht einer Untersuchung der Rechtsgeschäftsqualität der Okkupation. Es genügt vielmehr, festzustellen, ob ein Geschäftsunfähiger die im Gesetz genannten Erfordernisse für eine rechtswirksame Aneignung erfüllen kann. Davon allein wird eine bejahende oder verneinende Antwort abhängen.

---

[1]) vgl. Manigk in Leonhards Studien a. a. O. S. 184.

§ 2.

Ehe wir unserer Hauptfrage selbst nähertreten, wollen wir zunächst allgemein Begriff und Voraussetzungen der Okkupation einer Betrachtung unterziehen und uns vergegenwärtigen, wie sich die früheren Rechte zu unserer Frage stellten. Vor allen Dingen gilt es festzustellen, was man unter „Okkupation" überhaupt versteht.

Die Okkupation oder Aneignung ist die ursprünglichste Erwerbsart des Eigentums. Über ihren rechtlichen Charakter geben die römischen Quellen nur spärliche Auskunft. Im Rechtsleben versteht man unter Okkupation die einseitige Besitzergreifung herrenloser, des Eigentums fähiger Sachen mit dem Willen, das Eigentum zu erwerben. Auf diesem Standpunkte steht man heute für das römische und das sich diesem anschließende gemeine Recht allgemein in der Literatur. Dernburg[1]) definiert in diesem Sinne die Okkupation als „die Besitznahme herrenloser Sachen mit dem Aneignungswillen"; dieser herrschenden Ansicht widerspricht allerdings Jhering.[2])

Die Grundlage des Okkupationsbegriffes bildet der römische Satz (§ 12 J. de rer. div. 2, 1): Quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur.[3])

---

[1]) Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 472.

[2]) v. Jhering, Der Besitzwille S. 205.

[3]) vgl. dazu l. 3 pr. D. de acq. rer. dom. 41, 1.

„Dem Römer galt die Okkupation herrenloser Sachen durch deren Besitznahme mit dem Willen, sie sich anzueignen, als eine allgemeine, in der Natur der Dinge wurzelnde Erwerbsart".[1]) Daher bezog sich die römische und die gemeinrechtliche Okkupation auf Immobilien ebenso wie auf Mobilien. Ihr war keine Schranke durch privilegierte Aneignungsrechte einzelner Personen gesetzt; die Jagd, die Fischerei wie die Gewinnung von Mineralien stand jedem frei.

Zu der Streitfrage, ob auch die Absicht genüge, sich die Sache anzueignen (apprehendere oculis),[2]) äußert sich Gesterding[3]): „Das factum adprehensionis, was zur Okkupation gehört, besteht darin, daß bewegliche Sachen mit den Händen oder durch Instrumente ergriffen werden". Es schließen sich ihm alle neueren Juristen an; so Dernburg,[4]) Pagenstecher,[5]) Czyhlarz.[6]) Heranzuziehen ist hier auch eine dahingehende Entscheidung des Königl. Obertribunals,[7]) das die Frage, ob durch den Abbau eines Teiles eines

[1]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 3 S. 332.

[2]) vgl. l. 1 § 21 D. de acq. vel amm. poss. 41, 2.

[3]) Gesterding, Lehre vom Eigentum und solchen Rechten, die nahe kommen S. 69.

[4]) Dernburg, Pand. § 178.

[5]) Pagenstecher, Römische Lehre vom Eigentum Abt. 2 S. 57.

[6]) Czyhlarz, De adquirendo rerum dominio, in Glücks Pand.-Komm. Bd. 41 u. 42 Teil 1.

[7]) Entsch. des Königl. OTr. Bd. 62 S. 276.

Steinkohlenflözes der Besitz des ganzen Flözes erworben werden kann, verneint, da die Okkupation eine vollständige Besitzergreifung als notwendig voraussetze und daher keine weiteren Rechte, als der erworbene Besitz reiche, verschaffen könne.[1])

Nicht verlangt wird, daß der Okkupant die Herrenlosigkeit der Sache kennt. Wer herrenlose Sachen in diebischer Absicht an sich nimmt, wird also deren Eigentümer.[2])

Objektive Voraussetzungen der Aneignung sind Eigentumsfähigkeit und Herrenlosigkeit der zu okkupierenden Sachen. Es kommen also einmal in Betracht Sachen, welche noch nie in jemandes Eigentum gestanden, wie wilde Tiere, Fische, Muscheln, Vogeleier, wilder Honig, Eis der Flüsse; ferner Sachen, welche durch Dereliktion des Eigentums herrenlos geworden sind. Es galten schließlich nach römischem Recht als herrenlos auch Sachen der Feinde. Die Aneignung der Beute im Kriege (occupatio bellica) ist jedoch eine besondere Erscheinung auf dem Gebiete des Okkupationsrechts und ist mit Recht von der späteren Zeit dem Gebiete des Völkerrechts zugewiesen worden.

Soviel sei allgemein über den Begriff der Okku-

---

[1]) vgl. auch Schmitt, Inaug.-Diss. S. 16.

[2]) Anderer Ansicht ist Gimmerthal im Arch. für ziv. Prax. Bd. 52 S. 539ff.; vgl. dazu Dernburg, Pand. § 203 Anm. 3.

pation und speziell über ihre Voraussetzungen nach römisch-gemeinrechtlicher Anschauung vorausgeschickt. Was uns hier besonders interessiert, ist die sich aus dem Gesagten als selbstverständlich ergebende Unfähigkeit der geschäftsunfähigen Personen, durch Okkupation Eigentum zu erwerben; denn den hierbei stets geforderten animus occupandi konnten sie nicht fassen.

Das deutsche Recht kannte ebenfalls die Okkupation als Eigentumserwerbsart. Während aber nach römischem Recht die Okkupation herrenloser Sachen — unbeweglicher wie beweglicher — jedermann offenstand, war nach deutschem Recht die Befugnis zur Aneignung gerade der wichtigeren herrenlosen Gegenstände bestimmten Personen vorbehalten, namentlich dem Staate als Regal; so gab es z. B. ein Bernsteinregal, Strandregal, Fischerei- und Jagdregal. Besonders unterlagen herrenlose Grundstücke nach deutscher Rechtsauffassung der privilegierten Aneignung durch den Staat oder einzelne Gemeinden (z. B. infolge des sogen. schlesischen Auenrechtes).

Auch in den neueren Gesetzbüchern ist grundsätzlich den Geschäftsunfähigen der Eigentumserwerb durch Okkupation versagt.

Das „allgem. Landrecht für die preußischen Staaten“ v. 5. 2. 1794 beschäftigt sich in I, 9 §§ 7—13 mit der „ursprünglichen Besitznehmung“. Der § 9 lautet: „Wer eine herrenlose, dem Staate nicht vorbehaltene Sache wirklich in seine Gewalt bringt, der wird von dem Augenblicke an, da solches geschieht, Eigentümer

der Sache". Dernburg[1]) sagt: „Durch Besitzergreifung mit der Absicht der Aneignung wird das Eigentum an eigentumsfähigen herrenlosen Sachen erworben".[2]) Das Eigentum soll also erst dann erworben werden, wenn die Sache in der Absicht der Aneignung ergriffen worden ist. „Absicht und bloßes Bestreben aber, sich eine herrenlose Sache anzueignen, ist zur Erwerbung des Eigentums derselben noch nicht hinreichend."[3]) Das allgem. Landrecht hat den Grundsatz, daß jeder durch Besitzergreifung mit dem Aneignungswillen Eigentümer wird, nicht scharf durchgeführt; es gibt dem, der einen anderen bei der Aneignung stört, kein Eigentum.[4]) Wir sehen somit, daß auch nach allgem. Landrecht geschäftsunfähige Personen, das sind vornehmlich Kinder unter sieben Jahren und Geisteskranke (Wahnsinnige und Blödsinnige),[5]) zur rechtswirksamen Okkupation nicht zugelassen sind.

Das französische Recht vertritt für die Okkupation einen anderen Standpunkt, indem es den Grundsatz ausspricht, daß herrenlose Sachen dem Staate gehören. „Dies wird in Art. 539 u. 713 des code civil (v. 20. 3. 1804) scheinbar ganz allgemein ausgesprochen und außer-

---

[1]) Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 1 S. 544.

[2]) vgl. auch Fischer, Preuß. PrivR. S. 196.

[3]) ALR. I, 9 § 10.

[4]) vgl. ALR. I, 9 §§ 12 u. 13; vgl. auch Förster-Eccius Bd. 3 S. 208.

[5]) vgl. ALR. I, 1 §§ 27 u. 28.

dem der Okkupation als einer Eigentumserwerbsart in allgemeiner Weise nicht ausdrücklich gedacht".[1]) Eine Okkupation im Sinne der anderen Gesetzbücher gibt es also im code civil nicht. Im französischen Recht entbehrt somit unsere Frage der praktischen Bedeutung.[2])

Das „allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie" v. 1. 6. 1811 spricht in den §§ 381 u. 382 von der „Zueignung". Es folgt dem Grundsatz der freien Okkupation, wie er sich uns im allgem. Landrecht darstellt, und schließt durch Aufstellung des Erfordernisses von corpus und animus ebenfalls Geschäftsunfähige von der Aneignung aus.

Ebenso verlangt das „Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen" v. 2. 1. 1863 im § 227 für die „Zueignung" eine Besitzergreifung, zu der nach § 193 geschäftsunfähige Personen nicht fähig sind.

Bei der Betrachtung der Okkupation in den früheren Rechten zeigt sich, daß dort grundsätzlich immer Geschäftsunfähige vom Eigentumserwerb durch Okkupation ausgeschlossen sind. Der Grund dafür liegt darin, daß sie den als Voraussetzung der Aneignung stets geforderten Aneignungswillen nicht fassen konnten. Nach den bisherigen Rechten konnte also kaum die Streitfrage entstehen, ob Geschäfsunfähige okkupieren können.

---

[1]) Zachariä-Crome, Handb. d. franz. Zivilrechts Bd. 1 S. 559.

[2]) vgl. Mot. S. 369 nebst Anm. 2.

Anders liegen die Verhältnisse nach unserem Bürgerlichen Gesetzbuche. Hier hat sich, besonders infolge der großen Änderungen auf dem Gebiete des Besitzrechts, von neuem die Frage erhoben, wie es mit dem Okkupationserwerb geschäftsunfähiger Personen steht. In der Literatur wird hierüber heftig gestritten. Wie diese für die Praxis gewiß nicht unwichtige Frage nach heutigem Recht zu entscheiden ist, soll im folgenden der Gegenstand unserer Untersuchung sein.

Ausführung.

§ 3.

Das Bürgerliche Gesetzbuch sagt über die Aneignung im § 958 Abs. 1:

„Wer eine herrenlose bewegliche Sache in Eigenbesitz nimmt, erwirbt das Eigentum an der Sache".

Der Begriff der Aneignung ist nach Bürgerlichem Gesetzbuch im wesentlichen derselbe wie im bisherigen Recht; eine Einschränkung enthält nur der § 958 Abs. 2, wonach „das Eigentum nicht erworben wird, wenn die Aneignung gesetzlich verboten ist, oder wenn durch die Besitzergreifung das Aneignungsrecht eines andern verletzt wird".

Die objektiven Voraussetzungen sind auch hier Eigentumsfähigkeit und Herrenlosigkeit der zu okkupierenden Sache. Herrenlos ist eine Sache, wenn sie entweder noch nie in jemandes Eigentum gestanden hat, oder wenn das frühere Eigentum an ihr erloschen ist. Von den ursprünglich herrenlosen Sachen erwähnt das Bürgerliche Gesetzbuch nur die wilden Tiere (§ 960 Abs. 1). Daneben kommen namentlich die Erzeugnisse

des Meeres in Betracht. Herrenlos gewordene Sachen sind die von dem Eigentümer aufgegebenen Sachen (§ 959), ferner wilde Tiere im Falle des § 960 Abs. 2 u. 3 und Bienenschwärme im Falle des § 961. Im Anschluß an das deutsche Recht sind unbewegliche Sachen der freien Aneignung heutzutage entzogen und scheiden somit für unsere Betrachtung ganz aus; nach § 928 Abs. 2 „steht das Recht zur Aneignung eines aufgegebenen Grundstücks dem Fiskus des Bundesstaats zu, in dessen Gebiete das Grundstück liegt". Was die Art des vom Okkupanten erworbenen Eigentums betrifft, so weist Biermann[1]) darauf hin, daß dieses nicht lastenfrei zu sein braucht. Wird z. B. eine belastete Sache derelinquiert, so erlischt zwar das Eigentum, nicht aber die Belastung.

Die subjektive Voraussetzung für eine wirksame Okkupationshandlung ist, wie schon erwähnt, Eigenbesitz des Okkupanten. Nach § 872 „ist Eigenbesitzer, wer eine Sache als ihm gehörend besitzt".

Kann nun ein Geschäftsunfähiger Eigenbesitz haben, d. h. „als ihm gehörend" besitzen? Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält nichts Näheres darüber, wann anzunehmen ist, daß jemand eine Sache als ihm gehörend besitzt. In der Literatur sind die Meinungen über das Wesen des Eigenbesitzes geteilt. Es wird im folgenden daher unsere Aufgabe sein, uns hinsichtlich dieser Streit-

---

[1]) Biermann Anm. 2 zu § 958 BGB.

frage zu entscheiden; damit wird auch unsere Hauptfrage gelöst sein, ob nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch geschäftsunfähige Personen okkupieren können.

Zum Eigenbesitze gehört nach § 872 einmal, daß man eine Sache „besitzt", d. h. im unmittelbaren oder mittelbaren Besitze hat, und ferner, daß man sie „als ihm gehörend" besitzt. Damit ergeben sich zwei Hauptteile für unsere Untersuchung. Der erste wird sich allgemein mit der Frage beschäftigen, ob ein Geschäftsunfähiger nach Bürgerlichem Gesetzbuch überhaupt Besitz erwerben kann. Der zweite Hauptteil wird sich die Aufgabe stellen, zu erörtern, ob der Besitz eines solchen Geschäftsunfähigen speziell die Merkmale des Eigenbesitzes aufweisen kann. Bei der Beantwortung dieser Fragen wird auch die geschichtliche Entwicklung zu berücksichtigen sein.

Erster Hauptteil.

§ 4.

Wenden wir uns nunmehr unserer ersten Frage betreffend den Besitzerwerb geschäftsunfähiger Personen zu. Der § 854 Abs. 1 BGB. sagt:

„Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben".

Dieser Satz, mit dem das Bürgerliche Gesetzbuch seinen Abschnitt über den Besitz beginnt, verkündet in seiner Kürze eindringlich die wichtigsten Neuerungen in der Besitzlehre. Es ist ein bedeutsamer Schritt gewesen, den die 2. Kommission entgegen dem 1. Entw. damit wagte, daß sie das Erfordernis des „animus", das seit jeher für den Besitzerwerb bestanden hatte, fallen ließ; „eine Neuerung, so tief eingreifend, daß es gilt, im wesentlichen von Savigny und seinen Nachfolgern Abschied zu nehmen".[1])

Die römisch-gemeinrechtliche Theorie unterschied den durch Interdikte geschützten Besitz, die „possessio", von dem rechtlich schutzlosen, in den Quellen

[1]) Bartels in Gruchots Beiträgen 42. Jahrg. S. 645.

mit „in possessione esse“ bezeichneten Zustande, für den im gemeinen Recht die Bezeichnung „detentio“ aufkam. Die römische Besitzlehre beruhte bekanntlich auf dem von Paulus formulierten Satz[1]: Et adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. Der Besitz wird also erworben durch Willen und körperliches Verhältnis. „Diese Ansicht des Paulus ist jahrhundertelang als unumstößliche Wahrheit hingenommen worden und gilt als solche noch heutzutage den hervorragendsten Schriftstellern.“[2][3])

Savigny hebt in seinem für die Besitzlehre des gemeinen Rechts grundlegenden Werke „Das Recht des Besitzes“[4]) richtig hervor, daß es jedoch Fälle gibt, in welchen wegen des fehlenden animus kein Besitz erworben werden kann; denn wer überhaupt nicht wollen kann, ist auch den Besitz zu erwerben unfähig. Abgesehen von juristischen Personen können nach Savigny Kinder und Wahnsinnige wegen des unmöglichen animus possidendi keinen Besitz erwerben. Für Kinder bestand aber „utilitatis causa“ eine erhebliche Ausnahme[5]: ein

---

[1]) l. 3 § 1 D. de acq. vel amm. poss. 41, 2.

[2]) Kniep, Der Besitz des BGB. S. 58.

[3]) In demselben Sinne äußern sich Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts Bd. 1 S. 479; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 179; Piniński, Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs nach gemeinem Recht Bd. 2 S. 168 Anm. 1, sowie verschiedene andere bei Kniep a. a. O. genannte Schriftsteller.

[4]) v. Savigny a. a. O. S. 280 ff.

[5]) v. Savigny a. a. O. S. 291.

Kind erwirbt den Besitz einer Sache, wenn der Vormund durch seine auctoritas den fehlenden animus des Kindes ersetzt. Wenn ferner dem Kinde etwas geschenkt wird, soll es nach einem berühmten kaiserlichen Reskript[1]) sogar ohne auctoritatis interpositio des Vormundes selbständig den Besitz an der geschenkten Sache erwerben.

Im deutschen Rechte spielte das Institut der „Gewere" die Rolle der römischen possessio. Die Gewere an einer beweglichen Sache hat, wer über dieselbe tatsächlich zu verfügen imstande ist. Dagegen beruht die Gewere an Immobilien auf deren Nutzung. Über das Wesen der Gewere besteht ein großer Streit unter den Germanisten.[2]) Während Albrecht die Gewere als das Besitzrecht auffaßt, bezeichnet Heusler dieselbe nur als die Tatsache des Nutzungsbesitzes. Je nach dem Rechtstitel, auf Grund dessen jemand die Nutzungen zieht, unterscheidet man eigenliche Gewere, Lehnsgewere, Satzungsgewere, Gewere zur Vormundschaft. Dagegen wird die Gewere ohne Rücksicht auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis blote oder gemeene Gewere genannt.

Da im deutschen Rechte für den originären Erwerb ein Wille nicht gefordert wird, so liegt kein Grund vor,

---

[1]) l. 3 C. de acq. et ret. poss. 7, 32; vgl. hierüber Dernburg, Pand. § 179 Anm. 8.

[2]) vgl. Albrecht, Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts; Heusler, Die Gewere.

weshalb geschäftsunfähige Personen nicht hätten okkupieren können.

Das allgem. Landrecht folgte in seiner Besitzlehre dem gemeinen Recht. „Zum Begriff des Besitzes gehören zwei wesentliche Momente: ein objektives oder körperliches, das physische Vermögen, auf eine Sache mit Ausschließung anderer einzuwirken oder, wie sich das allgem. Landrecht ungenau ausdrückt, über diese zu verfügen; ein subjektives oder geistiges, diese Einwirkung oder Verfügung vorzunehmen für sich selbst, die Absicht, den Willen in dieser Richtung zu haben.“[1]) Daraus geht ohne weiteres hervor, daß auch hier Kinder und Geisteskranke vom Besitzerwerb völlig ausgeschlossen sind. § 44 I, 7 hebt dies noch ausdrücklich hervor: „Soweit also jemand seinen Willen zu erklären unfähig ist, soweit kann er durch sich selbst keinen Besitz erlangen“, und § 20 I, 4 besagt: „Alle Willenserklärungen der Kinder, welche das siebente Jahr noch nicht zurückgelegt haben, sind nichtig“. Koch[2]) bemerkt hierzu: „Unbestritten sind darnach unfähig, Besitz zu erwerben: Kinder, Wahnsinnige, höchst Betrunkene und andere, welche durch heftige Leidenschaften des Vernunftgebrauchs beraubt sind“.

Auch hier im allgem. Landrecht bestand eine wichtige Ausnahme für Schenkungen an Kinder, sogar

---

[1]) Förster-Eccius Bd. 3 S. 20 u. ALR. I, 7.

[2]) Koch, Lehre vom Besitz S. 159.

noch weitergehend als im gemeinen Recht; § 1060 I, 11 bestimmt: „Wenn der Beschenkte wegen Kindheit, Krankheit oder sonst wegen Mangels am Verstande die Absicht, das Geschenk anzunehmen, nicht äußern kann, so kann ein Dritter dasselbe zu seinem Besten akzeptieren". Nach preußischem Recht gehörte zum Besitz also auch eine Äußerung des Willens, „die ihm erst den Charakter des Rechts aufprägt".[1]) Dies gilt indessen nicht für „die Gewahrsam". Für dieselbe genügt vielmehr das körperliche Moment allein, d. i. „das physische Vermögen, über eine Sache mit Ausschließung anderer zu verfügen".[2]) Auch Kinder und Wahnsinnige sind fähig, Gewahrsam zu erlangen.[3])

§ 5.

Nachdem wir im vorhergehenden die Bedingungen des Besitzerwerbes in den wichtigsten früheren Rechten betrachtet und dabei festgestellt haben, daß dort der Erwerb von Besitz den Geschäftsunfähigen versagt ist, wenden wir uns unserem geltenden Rechte wieder zu. Wir sahen schon oben, daß das Bürgerliche Gesetzbuch „in sozusagen realistischer Auffassung", wie Staudinger[4]) bemerkt, zum Besitzerwerb nur das äußere Moment der

---

[1]) Förster-Eccius Bd. 3 § 158.

[2]) ALR. I, 7 § 1.

[3]) vgl. Siepmann, Besitzerwerb des Kindes S. 33 ff.

[4]) v. Staudinger Bd. 3 Anm. zu § 854 BGB.

Erlangung der „tatsächlichen Gewalt“ erfordert, daß es also mit den bisher geltenden Normen vollständig gebrochen hat.

Eigenartig mutet uns das Urteil Randas über das neue deutsche Besitzrecht (auf Grundlage des 2. Entw.) an, das wir hier anführen möchten. Dieser Autor[1]) gibt seiner Mißbilligung am schärfsten in den Worten Ausdruck, „ob es klug und zweckmäßig ist, den Verstand von Jahrtausenden zu verachten, die bisherige historische Entwicklung zu ignorieren und den überkommenen Rechtszustand, wie sich derselbe insbesondere in einzelnen deutschen Partikularrechten ausgestaltet hat, einfach über den Haufen zu werfen?“ Ohne näher auf die Beurteilung einzugehen, die unsere neue Besitzlehre in der Literatur gefunden hat, möchten wir doch vielmehr den beiden folgenden Autoren recht geben. „Die beste Besitzlehre“, sagt Bartels,[2]) „ist die, welche möglichst der natürlichen Anschauung sich anschließt und keine verwickelten Konstruktionen darbietet. Darauf ist im Bürgerlichen Gesetzbuch mit größerer Entschiedenheit hingearbeitet als im römischen Rechte.“ Und Staudinger[3]) bemerkt: „Das Bürgerliche Gesetzbuch schließt sich denn auch in seinen Grundlagen an die Auffassung des gewöhnlichen Lebens und des Ver-

---

[1]) Randa, Besitz nach österreichischem Recht, im Vorwort zur 4. Aufl. S. 9.

[2]) Bartels in Gruchots Beiträgen 42. Jahrg. S. 648.

[3]) v. Staudinger Bd. 3 S. 4.

kehrs an, was für die Praxis eine wesentliche Vereinfachung der früher so verwickelten Materie bedeutet".

Was haben wir nun unter dem Erfordernis des § 854 Abs. 1, der „tatsächlichen Gewalt", zu verstehen? Vom Gesetz ist dieser Begriff nicht näher erläutert. Die Worte sind auch deutlich genug gewählt, müßte man denken, um kund zu tun, daß das bisherige Willensmoment nicht mehr erforderlich ist, und daß also das körperliche Verhältnis allein von jetzt ab genügen soll. „Tatsächliche Gewalt" ist, wie Planck[1]) richtig hervorhebt, allerdings nicht gleich „physischer Gewalt"; denn sonst müßte der Besitz eines freiliegenden Grundstücks durch eine Abwesenheit des Besitzers, die ihrer Natur nach nicht bloß vorübergehend ist (§ 856 Abs. 2!), stets beendet werden. Wir verstehen vielmehr unter tatsächlicher Gewalt „die von der Verkehrsanschauung anerkannte Herrschaft der Person über die Sache". „Der Besitzbegriff", sagt Goldschmidt,[2]) „ist somit ein sozialer Gewaltbegriff, ein Machtverhältnis, welches dem Gemeinbewußtsein als tatsächliche Herrschaft erscheint."[3])

Ob ein solches tatsächliches Herrschaftsverhältnis

---

[1]) Planck Bd. 3 Anm. 2 zu § 854 BGB.

[2]) Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht S. 64.

[3]) In diesem Sinne äußern sich auch Strohal in Jherings Jahrb. Bd. 31 S. 20; Biermann Anm. 2 zu § 854 BGB.; Kuhlenbeck Anm. 2 zu § 854 BGB.; Dernburg, Das bürgerl. Recht Bd. 3 S. 45; ferner die Prot. Bd. 3 S. 29 u. die Denkschr. S. 109.

vorliegt, haben wir also nach der Anschauung des Lebens und Verkehrs zu beurteilen.[1]) Bendix[2]) betont sehr richtig, daß der Beweis auch durch einzelne Handlungen unmittelbarer oder mittelbarer Einwirkung geführt werden kann, aus denen sich die Fähigkeit für den Handelnden ergibt, über das Objekt ausschließlich zu verfügen. Demgemäß nimmt das preußische Obertribunal[3]) den Besitz eines Teiches als erwiesen an, den Kläger durch Ausübung der Jagd und durch Schilf- und Moderentnahme als sein Eigentum genutzt hat, ohne daß es die objektive Betätigung der Herrschaft nach ihrem ganzen, sonst noch möglichen Umfange erfordert.

Wenn nun das Bürgerliche Gesetzbuch dieses soziale Machtverhältnis mit dem leicht irreführenden Ausdruck „tatsächliche Gewalt" bezeichnet hat, so ist dies historisch zu erklären. Der Ausdruck ist der von Savigny begründeten romanistischen Besitztheorie entnommen, welche ihn als Übersetzung des Wortes „corpus" verwendete. Man wird hier, erklären wir mit Thoma,[4]) zweifellos Jhering beipflichten müssen, wenn er der Savignyschen Schule den Vorwurf macht, sie verwende einen der Volkssprache entlehnten und in dieser mit einem bestimmten sinnlichen Inhalt ausgestatteten Ausdruck „in einer Weise, welche aller sinnlichen Vorstellung

[1]) Ebenso Randa, Besitz nach österreichischem Recht S. 406.

[2]) Bendix im Recht 1900 Nr. 3 S. 45.

[3]) Entsch. des Kgl. OTr. Bd. 55 S. 208.

[4]) Thoma, Inaug.-Diss. S. 12.

spottet".[1]) Jhering kritisiert bei der Besprechung der Besitzlehre des 1. Entw. aufs lebhafteste, daß auch hier wieder von einer tatsächlichen Gewalt die Rede sei „in Fällen, wo auch nicht der leiseste Schein derselben vorliegt".[2]) Sehr richtig bemerkt hierzu Thoma[3]): „Es ist gewiß kein Vorzug des Bürgerlichen Gesetzbuchs, daß gleich der grundlegende Begriff der Besitzlehre einer dem gemeinen Sprachgebrauch abgewandten Interpretation bedarf".

§ 6.

Um in das Wesen des heutigen Besitzrechts tiefer einzudringen, wird es unerläßlich sein, sich seine Entstehungsgeschichte vor Augen zu führen.

Der 1. Entw. eines Bürgerlichen Gesetzbuchs konnte sich von dem Grundgedanken des römischen Rechts nicht trennen. Er steht mit seiner Besitzlehre noch ganz auf dem Boden der romanistischen Doktrin und der Theorie Savignys, „gleich als sei dieselbe", wie Gierke sagt, „die Offenbarung einer ewigen Wahrheit".[4]) Sein zweiter Abschnitt des dritten Buchs war überschrieben „Besitz und Inhabung". Der § 797 des 1. Entw.

---

[1]) v. Jhering, Besitzwille S. 478.

[2]) v. Jhering a. a. O. S. 503.

[3]) Thoma a. a. O. S. 13.

[4]) Gierke, Der Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht S. 294.

nannte denjenigen, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt, den Inhaber. Er forderte zur „Inhabung“ keinen Inhabungswillen, um nicht für manche Fälle, in denen eine Sache in den Machtbereich einer Person gelangt ist, in denen ein Inhabungswille aber auch bei laxer Auffassung dieses Erfordernisses nicht angenommen werden kann, den notwendigen possessorischen Schutz zu versagen, und um außerdem die Inhabung des Kindes und des Wahnsinnigen nicht vollständig schutzlos zu machen.[1]) Daß Kinder und Wahnsinnige den rechtlich geschützten Zustand der Inhabung durch eigene Handlungen herbeiführen können, erkannten die Motive ausdrücklich an.

Von der Inhabung, die an sich schon Besitzesschutz genießt, unterscheidet der 1. Entw. den Besitz. Dieser liegt nur vor, wenn zur Inhabung der Wille des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben, hinzukommt. In diesem Willen läßt sich aber unschwer der alte animus domini der Savignyschen Schule erkennen.

Gegen diese Lehren des im Jahre 1888 veröffentlichten Entwurfs erhob sich alsbald ein Sturm der Entrüstung. Namentlich waren es die Germanisten, die an der neuen Besitzlehre scharfe Kritik übten.[2]) Außerdem erschien im Jahre 1889 Rudolf v. Jherings berühmtes Werk „Der Besitzwille“, das der Subjektivitätstheorie

[1]) vgl. Mot. Bd. 3 S. 80 ff.

[2]) vgl. Gierke, Der Entwurf eines BGB. S. 294—311; ferner Wendt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 74 S. 135—178.

Savignys eine Objektivitätstheorie gegenüberstellte und dem von Savigny aufgestellten Erfordernis des animus domini im Besitzrecht die maßgebende Bedeutung nahm.

Die Bedenken, die die Wissenschaft gegen den 1. Entw. geltend gemacht hatte, sind seitens der Kommission für den 2. Entw. nicht unberücksichtigt geblieben. Dies zeigt deutlich die Umgestaltung des alten § 797 zum jetzigen § 854.

Die Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs begründen das Fallenlassen des animus domini für den Besitzbegriff damit, daß die Mehrheit annahm, „es müsse daran festgehalten werden, daß es sich nicht empfehle, das Vorhandensein eines auf die Erlangung der tatsächlichen Gewalt gerichteten Willens im Gesetz als Erfordernis des Besitzerwerbes aufzustellen. Diese Aufstellung sei in den zahlreichen Fällen entbehrlich, in denen nach Lage der Sache die Herstellung der tatsächlichen Gewalt ohne einen darauf gerichteten Willen nicht möglich sei, und für die Fälle bedenklich, in denen ein Erwerbswille desjenigen, welcher den possessorischen Schutz erlangen müsse, nur mit Hilfe willkürlicher Annahmen und Fiktionen zu konstruieren sei, so z. B. in dem Falle, wenn die für jemand bestimmte Sache in dessen Abwesenheit in seiner Wohnung niedergelegt werde. Auch die aus dem Willenserfordernisse sich ergebende Unfähigkeit rechtlich willensunfähiger Personen zum

Besitzerwerbe sei nicht unbedenklich. In Betracht komme auch, daß die Aufstellung jenes Erfordernisses den Richter dazu verleiten könnte, an den Beweis des Willens Anforderungen zu stellen, durch deren Unerfüllbarkeit ein sachlich begründeter Besitzanspruch undurchführbar würde".[1]) Die 2. Kommission strich daher auch den § 800 Abs. 1 des 1. Entw., welcher besagte, daß eine geschäftsunfähige Person nicht durch eigene Handlungen „Besitz" erwerben könne, weil sich diese Vorschrift auf den Besitz des 2. Entw. nicht allgemein anwenden lasse. Der 2. Entw. ist später mit nur geringen Änderungen in der Besitzlehre Gesetz geworden. Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist also mit der Inhabung des 1. Entw. identisch.

Im Sinne der angeführten Materialien sagt die Denkschrift[2]): „Ob die tatsächliche Gewalt erlangt ist, bestimmt sich nach den Umständen des einzelnen Falles. Einen auf die Erlangung gerichteten Willen des Erwerbers verlangt der Entwurf nicht. Denn es sind auch solche Fälle zu berücksichtigen, in denen eine Sache in den äußeren Machtbereich einer Person unter Umständen gelangt ist, unter welchen ein Erwerbswille nicht angenommen werden kann, gleichwohl aber das Bedürfnis des Besitzschutzes besteht. Insbesondere trifft dies für willensunfähige Personen (Kinder, Geisteskranke) zu,

---

[1]) Kommissionsprot. Bd. 3 S. 30 u. 31.

[2]) Denkschr. S. 116.

welche andernfalls zum Erwerbe eines rechtlich geschützten Besitzes schlechthin unfähig wären".

§ 7.

Die Geschichte der Entstehung des § 854 Abs. 1 zeigt, wie eben ausgeführt, daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch der Besitzwille kein notwendiges Element der Besitzbegründung ist, und daß infolgedessen auch Geschäftsunfähige Besitz erwerben können; Materialien wie Denkschrift reden fürwahr eine deutliche Sprache. „Ein solcher Satz erschien bisher undenkbar, und trotz des Bürgerlichen Gesetzbuchs können sich noch viele in denselben nicht finden."[1]) Es gibt in der Literatur in der Tat eine ganze Reihe von Schriftstellern, welche, noch allzusehr im Banne der Pandektendoktrin stehend, zu mehr oder weniger abweichenden Resultaten kommen.

Wir wollen ausdrücklich unsere Ansicht mit Biermann[2]) dahin aussprechen: „Der Besitzwille ist niemals ein selbständiges, der tatsächlichen Gewalt koordiniertes Erfordernis des Besitzerwerbes, sondern nur eine unter Umständen, aber durchaus nicht immer erforderliche Voraussetzung der tatsächlichen Gewalt".[3]) Infolgedessen

---

[1]) Kniep, Der Besitz des BGB. S. 91.

[2]) Biermann Anm. 2a zu § 854 BGB.; ebenso Engelmann, BGB. S. 482; Burghoff, Inaug.-Diss. S. 35; Thoma, Inaug.-Diss. S. 28; vgl. auch Raape, Inaug.-Diss. S. 8 u. 9.

[3]) vgl. Strohal in Jherings Jahrb. Bd. 38 S. 67.

können auch Geschäftsunfähige selbständig den Besitz erwerben; denn die event. in Betracht kommende Willensbetätigung ist durchaus nicht identisch mit der Willenserklärung des § 105 BGB. Im folgenden wollen wir die wichtigsten Schriftsteller, die sich mit unserer Frage beschäftigen, heranziehen und dabei feststellen, welchen Standpunkt sie uns gegenüber einnehmen.

Als unserer Meinung zustimmend dürfen wir vor allem Strohal nennen. In seiner Abhandlung „Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch" hat er hervorragend nachgewiesen, daß § 854 Abs. 1 zur Begründung des Besitzes nicht mehr fordere als die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache, und daß mit dieser der Besitz erworben sei, selbst wenn jede Betätigung des Besitzwillens unterblieben, ja ein solcher Wille nicht einmal gefaßt worden ist.

„Daraus aber, daß man nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch Besitz ohne Besitzwillen erwerben kann, darf keineswegs gefolgert werden, daß Besitzwille und Betätigung desselben für die Lehre vom Besitzerwerbe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ganz bedeutungslose Dinge seien. Denn wenn auch nicht überall, so wird doch in zahlreichen Fällen die Entscheidung der Frage, ob die tatsächliche Gewalt über die Sache begründet worden ist, von dem Dasein eines auf die Erlangung derselben gerichteten Willens und von dem Maße der Betätigung dieses Willens abhängig sein."[1])

[1]) Strohal ebenda S. 67ff.

Strohal bildet selbst eine Reihe von Beispielen, deren wir hier einige anführen möchten, da sie seinen Standpunkt am besten kennzeichnen. Sind z. B. fremde Papiere in meine Brieftasche, die ich bei mir trage, geraten, so bin ich ohne Rücksicht auf mein Wissen und Wollen Besitzer derselben geworden; denn „meine Gewalt über die Papiere ist hier von solcher Tatsächlichkeit, daß es eines Aktes meinerseits nur bedürfte, wenn ich diese Gewalt nicht mehr haben wollte". Oder folgender Fall: Der Lehrling meines Buchbinders bringt in meiner Abwesenheit einen Stoß gebundener Bücher und stellt diese in mein Regal ein. Nach einiger Zeit ergibt sich, daß unter diesen Büchern auch solche sich befinden, welche anderwärts abzuliefern waren. Ohne Zweifel habe ich dann auch den Besitz der letzteren Bücher schon dadurch allein erworben, daß sie tatsächlich in meine Bibliothek eingestellt worden sind.

Strohal warnt besonders vor der Aufstellung und Beobachtung mechanischer Regeln. „Mit absoluten Formeln ist auf unserem Gebiete nicht auszukommen. Das Gesetz läßt der Beurteilung des einzelnen Falles den freiesten Spielraum, und Aufgabe der Theorie kann es nicht sein, diese Freiheit durch Doktrinarismus zu beschränken."[1])

Schließlich zieht Strohal dann die notwendige Schlußfolgerung, daß auch Geschäftsunfähige, ohne daß

---

[1]) Strohal ebenda S. 70.

ihnen dabei ein Vertreter behilflich zu sein braucht, nach § 854 Abs. 1 Besitz erwerben können, da ein Besitzwille vom Gesetz nicht gefordert wird.

Unter Umständen kann aber der tatsächlich bei dem Geschäftsunfähigen vorhandene Wille für die Beurteilung von Besitzfragen maßgebende Bedeutung gewinnen. Angenommen z. B., es wird im Hofraum eines Hauses, zu dem vier Gärten gehören, Gartenerde abgeladen, ohne daß der Fuhrmann weiß, von welchem der vier Mieter die Erde bestellt ist. Der äußeren Sachlage nach können sie sämtlich die tatsächliche Gewalt ausüben. Als Besitzer der Erde ist indessen zweifellos nur derjenige Mieter anzusehen, der die Erde für seinen Garten bestellt hat, selbst wenn er etwa wegen Geisteskrankheit entmündigt ist. Seine tatsächliche Gewalt kommt, kann man sagen, in diesem Falle darin zum Ausdruck, daß kein anderer sich an der im Hofe liegenden Gartenerde vergreifen wird, ebensowenig als wenn der Besteller geistesgesund gewesen wäre.[1])

Sehr deutlich äußert sich in unserem Sinne auch Bartels in seinen „Ausführungen zur Besitzlehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs". Er sieht die entscheidende Änderung gegen das römische Recht ebenfalls darin, daß es heute für den Besitzerwerb nur auf das corpus ankommt, weshalb „es nicht als statthaft erscheinen darf, einen Besitzwillen wieder in das Gesetz hineinzutragen".[2])

[1]) vgl. Biermann Anm. 2a zu § 854 BGB.

[2]) Bartels in Gruchots Beitr. 42. Jahrg. S. 646.

Bartels[1]) sagt sehr richtig, daß es der künstlichen Konstruktionen nicht mehr bedarf, die sich damit beschäftigten, in gewissen Fällen den animus ausfindig zu machen. Weil ich vielmehr das corpus, die Sache, in meinem Gewaltbereiche habe, besitze ich, wenn man mir heimlich etwas in die Tasche steckt, Schriftstücke in meinen Briefkasten wirft, oder wenn in meiner Abwesenheit eine unbestellte Sache in meiner Wohnung an die Dienstboten abgegeben wird.

Wir schließen uns den genannten Autoren durchaus an. Sie scheinen uns den § 854 Abs. 1 ganz im Sinne der Gesetzgeber auszulegen, wie ja die oben zitierten Materialien zeigen.

§ 8.

Den beiden erwähnten Schriftstellern steht Dernburg, wenigstens grundsätzlich, nahe. Neben dem „vollkommenen Besitzverhältnis“,[2]) das er nur als vorhanden ansieht, wenn der Besitzwille zur tatsächlichen Beherrschung der Sache hinzukommt, erkennt er als Nebenform des Besitzes auch ein Verhältnis an, bei welchem die Sache, ohne daß wir es wissen und wollen, derart bei uns verwahrt ist, daß wir beliebig über sie verfügen können. Immerhin verlangt er hierbei, daß die Ver-

---

[1]) Bartels ebenda S. 655.

[2]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 3 S. 59.

fügungsmacht hergestellt ist. Kinder und Geisteskranke können daher nach Dernburg nur „unvollkommenen Besitz“ erlangen.

Allein, möchten wir fragen, wozu diese willkürliche Konstruktion? Das Gesetz weiß nichts von einer solchen Unterscheidung; es spricht vielmehr ausschließlich vom Erfordernis des corpus adquirendi, der tatsächlichen Gewalt.

Im wesentlichen spricht sich auch Kniep in seinem Werke „Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches gegenübergestellt dem römischen Recht“ mit der von uns vertretenen Ansicht übereinstimmend aus. Auch er gibt zu,[1]) daß der Wille nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch kein notwendiges Erfordernis zum Besitzerwerb ist; regelmäßig trete allerdings die Willenserklärung als Begleiterin des Besitzerwerbes auf. Da der Besitzerwerb als solcher kein Rechtsgeschäft ist, läßt er jedenfalls Geschäftsunfähige zum Besitzerwerbe zu. Der Besitzerwerb ohne Willen hat nach seiner Ansicht eine erhöhte Bedeutung für Willensunfähige. Kniep möchte hier glauben,[2]) daß man leichter geneigt sein wird, einen Besitzerwerb ohne Willen anzunehmen, wenn „sich das körperliche Verhältnis innerhalb der Rechtslinie bewegt“.

Von diesem Gesichtspunkte aus kann er sich mit den beiden oben von uns angeführten Entscheidungen

---

[1]) Kniep a. a. O. S. 91.

[2]) Kniep ebenda S. 97.

Strohals nicht ganz einverstanden erklären. Im Falle der fremden Papiere, die in die Brieftasche gelangt sind, unterscheidet er: Wenn ein gütiger Onkel in die Brieftasche seines Neffen einige Hundertmarkscheine gelangen läßt, so erwirbt der Neffe allerdings Besitz. Wenn aber ein Dieb, um den Verdacht von sich abzulenken, gestohlene Dividendenscheine in die Brieftasche eines anderen praktiziert, so ist das zufällige Inhabung. Auch im Fall der verwechselten Bücher leugnet Kniep den Besitz dessen, der dieselben fälschlich erhalten hat. Selbst wenn mir irgend ein beliebiger Zigarrenfabrikant mit der Post eine Kiste mit Zigarren schickt, so behauptet er, liegt nichts weiter als „zufällige Inhabung" meinerseits vor. Eine derartige Unterscheidung von rechtmäßig und nicht rechtmäßig erworbener tatsächlicher Gewalt erscheint uns sehr gesucht. Wie in aller Welt soll man Derartiges aus den Gesetzesworten entnehmen?

Diese angeführten Beispiele zeigen, wie die Ansichten derjenigen auseinandergehen, die im Resultat mit uns übereinstimmen. Von grundlegender Bedeutung für den Standpunkt des Gesetzes werden solche praktisch unerheblichen Dinge u. E. nicht sein.

Mehr als einer von den Schriftstellern aber, die sich mit der Interpretation des § 854 Abs. 1 beschäftigen, kommen dabei zu Ergebnissen, die von der von uns verteidigten Ansicht erheblich abweichen.

Bekker[1]) stellt für bewegliche Sachen, wie schon früher als Postulat für den Entwurf,[2]) so auch jetzt für das mit dem des Bürgerlichen Gesetzbuchs identische Besitzrecht des 2. Entw. den Satz auf: „Der Besitz wird wohl gewöhnlich, aber nicht ausnahmslos durch Willensakt erworben, sondern auch dadurch, daß eine Sache ohne unser Zutun in unseren Gewahrsam kommt; darum erscheinen auch Kinder und Wahnsinnige nach Umständen besitzerwerbsfähig". Danach scheint Bekker den von uns vertretenen Anschauungen nahezustehen.

Jedoch veranlaßt ihn andererseits wieder der Ausdruck „Erlangung" der tatsächlichen Gewalt zu der Bemerkung[3]): „Genau gesprochen ‚erlangen' wir nur, wonach wir ‚gelangt' haben, nicht was ohne unser Wissen und Wollen uns zufällt". Einen Versuch, dieses sprachliche Bedenken zu beseitigen, macht Bekker nicht. Es dürfte u. E. ausgeschlossen sein, in dem Ausdruck „Erlangung" ein Argument für die Notwendigkeit eines Besitzwillens finden zu wollen. Jedenfalls waren die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht dieser Ansicht, wie sich aus den oben schon zitierten Stellen der Protokolle ergibt.

Auch mit Cosack können wir uns nicht einverstanden erklären, da er die Möglichkeit des Besitz-

---

[1]) Bekker in Jherings Jahrb. Bd. 34 S. 28 u. 29.

[2]) Bekker ebenda Bd. 30.

[3]) Bekker ebenda Bd. 34 S. 33.

erwerbes für Geschäftsunfähige nur sehr eingeschränkt zugibt. Er hält in der Regel zum ursprünglichen Besitzerwerbe einen Besitzwillen auf der Seite des Erwerbers für erforderlich. Doch gibt es nach seiner Ansicht[1]) eine nicht geringe Zahl von Fällen, in denen der Besitzwille auf seiten des Gewalthabers als selbstverständlich zu unterstellen ist. Hier ist es nicht erforderlich, daß der Erwerber den Besitzwillen wirklich faßt, geschweige denn, daß er ihn irgendwie äußert; ja es ist nicht einmal nötig, daß er von dem Besitzerwerbe Kenntnis bekommt, oder daß er ihn vorausgesehen hat. Als Beispiele führt Cosack an: Ein gestohlener Hund entläuft dem Diebe und findet sich auf dem Hofe seines alten Herrn ein, während Herr und Dienerschaft schlafen; oder jemand steckt heimlich ein Geldstück in die Sparbüchse seines Patenkindes.

Demnach ist nach Cosack die Frage, ob eine geschäftsunfähige Person selbständig Besitz erwerben kann, nicht allgemein zu verneinen, sondern kann im Einzelfall, z. B. wenn es sich um den Erwerb von Eß- oder Spielwaren handelt, sehr wohl bejaht werden. Der Grund, warum ein Geschäftsunfähiger nicht auch an anderen Sachen soll Besitz erwerben können, will uns nicht einleuchten. Treffend sagt Dittenberger,[2]) die

---

[1]) Cosack, Lehrb. Bd. 2 S. 69.

[2]) Dittenberger, Der Schutz des Kindes gegen die Folgen eigener Handlungen im BGB. S. 102 Anm. 2.

Entscheidung solcher wichtigen Fragen dürfe nicht als „Gefühlssache“ betrachtet werden.

§ 9.

Wir haben bisher nur Schriftsteller zitiert, die ganz oder teilweise mit unserer Ansicht übereinstimmen. Im folgenden wollen wir nun auch die wichtigsten unserer Gegner zu Worte kommen lassen und im einzelnen Falle kurz die Gründe geltend machen, die uns bestimmen, ihren Ansichten entgegenzutreten.

Ganz und gar nicht will Gierke einen Besitzerwerb ohne Willen anerkennen. Er sagt zwar,[1]) daß der animus als selbständiges Begriffsmerkmal entfernt und nur die äußere Erscheinung der tatsächlichen Sachherrschaft betont sei. Dies bedeutet nach seiner Ansicht freilich hier so wenig wie bei der Gewere eine Streichung des Willenselements.[2]) Tatsächliche Gewalt ‚erlangen‘ oder ‚aufgeben‘ könne man nur durch ein mit Willensinhalt erfülltes Handeln. Der im Rechtssinne Willensunfähige erwerbe durch eigenes Handeln Besitz „nach dem Maße seiner tatsächlichen Willensfähigkeit, aber nicht darüber hinaus“.

Das wäre ja, so möchten wir Gierke hier entgegenhalten, ziemlich unverändert der alte römische Satz:

---

[1]) Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB. S. 4.

[2]) Gierke ebenda Anm. 4.

Possessionem adipiscimur corpore et animo! Wie aber soll man das aus unserem § 854 Abs. 1 folgern?

In etwas anderer Weise versucht Frank in seiner Inaugural-Disseration „Der Besitzwille nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche“ aus der vom Gesetz allein erforderten tatsächlichen Gewalt das Willenserfordernis herzuleiten. In der Einleitung sagt er zwar,[1]) wenn man den § 797 des 1. Entw. mit dem § 854 Abs. 1 BGB. vergleicht, so könne es wohl kaum einem Zweifel unterliegen, daß der „Wille, die Sache wie eine eigene haben zu wollen“, nicht mehr zu den Voraussetzungen des Besitzes gehört. Man dürfe indes nicht behaupten, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch sei zum Besitz überhaupt kein Wille mehr nötig. Denn bei dem Begriff der tatsächlichen Gewalt könne man die Voraussetzungen des Besitzes nur dann als gegeben erachten, wenn das äußere Verhältnis sich als ein auf Grund oder mit unserem Willen bestehendes darstellt.[2]) Er folgert dies aus seinem Begriffe der „tatsächlichen Gewalt“, den er als „die Sicherheit, ohne Eingriffe Dritter eine Sache wirtschaftlich nutzen zu können“, definiert. Frank nimmt ferner auch die oben von Bekker gegebene Interpretation des Wortes „Erlangung“ als begründet an.

Bezüglich der für uns besonders wichtigen Frage nun, wie es mit dem Besitzerwerb geschäftsunfähiger

---

[1]) Frank a. a. O. S. 8.

[2]) Frank ebenda S. 13.

Personen steht, sieht Frank sehr wohl ein, daß das Gesetz auch diesen den Besitzschutz angedeihen lassen will, was wir ja oben bei der Entstehungsgeschichte des § 854 Abs. 1 gesehen haben. Um nun diesen Zweck mit seinen Theorieen zu vereinigen, sucht er für solche Fälle einen besonderen, auf das bloße Haben gerichteten, wie er sagt, „rein natürlichen" Willen zu konstruieren, der dann also auch Kindern und anderen Geschäftsunfähigen den Besitzerwerb ermöglichen soll.[1])

Wo aber steht im Gesetz oder in den Materialien etwas, das auch nur im entferntesten auf derartige Konstruktionen hindeuten könnte? Mit der einfachen Auslegung, wie sie z. B. Strohal und Bartels oben gegeben haben, kommt man auf viel kürzerem Wege zum Ziele; und auch hier dürfte der kürzeste Weg der beste sein! Die überwiegende Mehrheit der Literatur ist jedenfalls auf unserer Seite. Frank steht unseres Wissens mit seinen Ansichten ganz allein.

„Als ebenso mißlungen wie der Versuch Franks, in allen Fällen des Besitzerwerbs einen Erwerbswillen nachzuweisen, erscheint" uns mit Planck[2]) „der von Affolter unternommene Nachweis, daß in den Fällen scheinbaren Fehlens des Erwerbswillens dieser in Wahrheit nur nachträglich und mit rückwirkender Kraft eintritt". Diese Ansicht wird von Affolter in seiner

---

[1]) Ebenso Kuhlenbeck Anm. 4 zu § 854 BGB.

[2]) Planck Bd. 3 Anm. 2 zu § 854 BGB.

Abhandlung „Das Willensmoment beim Besitzerwerbe“ zunächst auf l. 3 C. de adq. et ret. poss. 7, 32 gestützt. „Die Apprehension und der Wille, welche zusammen den Besitzerwerb gründen, brauchen nicht im nämlichen Momente zu erfolgen; es kann der Wille auch erst nachher eintreten, und es wird dann gleichwohl der Besitz schon als beginnend vom Momente der Apprehension angenommen. In der Zwischenzeit zwischen der Apprehension und dem Auftreten des Willens ist es noch ungewiß, ob der Besitz wirklich eintrete; setzt dann aber der Wille ein, so hat er rückwirkende Kraft bis zum Zeitpunkte der Apprehension“.[1])

Indessen spricht die oben zitierte Stelle u. E. durchaus nicht von einer rückwirkenden Kraft; und selbst wenn sie es täte, würde wenig damit genützt sein.[2]) Mit Recht erklärt Kniep einen Willen mit rückwirkender Kraft für ein „Unding“; denn der Wille geht naturgemäß auf die Zukunft. „Ein Wille mit rückwirkender Kraft wäre ein fingierter Wille, also ein Nichtwille.“

Von ganz anderen Gesichtspunkten endlich geht Endemann bei Erörterung unserer Frage des Besitzwerbs durch Geschäftsunfähige aus. Er steht mit seinen Ansichten, die wir der Vollständigkeit halber hier kurz anführen wollen, ganz allein in der Literatur. Er sieht[3]) im Besitzwillen einen „ebenbürtigen Faktor“, der „sich

[1]) Affolter im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 17 S. 3.

[2]) vgl. Kniep a. a. O. S. 101.

[3]) Endemann, Lehrb. des BGB. Bd. 2 S. 175/76.

in der Herstellung der Gewalt über eine Sache mit ausreichender Bestimmtheit verlautbart". Die Auffassung des Bürgerlichen Gesetzbuches ist nach ihm die, daß erst der Wille die bloße räumliche Anlagerung einer Sache zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt stempelt, und daß der Grund der sozialen Anerkennung und des rechtlichen Schutzes eines Besitzverhältnisses darin liegt, daß sich in der äußeren Gewalt das Wollen der Sachherrschaft ausprägt. Erlangung der tatsächlichen Gewalt bedeutet somit nach Endemann „Verwirklichung gewollter Sachgewalt".[1]) Den von ihm stets erforderten Willen will er nun geradezu als einen „rechtsgeschäftlichen Willen" charakterisiert wissen, den natürlich Geschäftsunfähige nicht zu fassen vermögen; damit trennt er sich völlig von Gierke und Frank, die, wie wir oben sahen, ihren (sogen. „natürlichen") Willen doch so definieren, daß ihn auch eine geschäftsunfähige Person sollte fassen können.

Diese Theorie Endemanns kommt uns, unserer modernen Besitzlehre gegenüber, in der Tat etwas altertümlich vor. Wir fragen nur: Was ist es, was uns die „tatsächliche Gewalt" über eine Sache verschafft? Das ist doch niemals unser Wille allein! Mag auch die tatsächliche Gewalt gleich einer Herrschaft sein, so ist damit das Erfordernis des Willens noch nicht bewiesen. Denn auch zu einer Herrschaft gehört nicht notwendig

---

[1]) Endemann ebenda S. 194.

der Wille des Beherrschenden. Auch die Herrschaft ist ein weiter Machtbegriff und liegt schon dann vor, wenn die Mitwelt sie anerkennt. Daß allerdings in einer solchen Herrschaft meist implicite der Begriff des Willens enthalten ist, haben wir oben schon hervorgehoben.

Hinsichtlich jener Auffassung Endemanns, die, wie gesagt, in der Wissenschaft völlig isoliert dasteht, können wir uns Kniep nur anschließen, wenn er ihr mit folgenden Worten sozusagen das Todesurteil spricht[1]): „Diese Ansicht steht schwerlich im Einklange mit einem Gesetzbuche, das den Besitzerwerb durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt vor sich gehen läßt, zumal das Willenserfordernis, welches der 1. Entw. brachte, gestrichen wurde. Die Ansicht Endemanns paßt für den 1. Entw., aber nicht für das gegenwärtige Gesetzbuch".

Wir bleiben somit bei der von uns vertretenen Ansicht, daß ein Geschäftsunfähiger ohne weiteres nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch Besitz erwerben kann. Dadurch, daß wir uns über diese grundlegende Frage klar geworden sind, ist der erste Schritt zur Lösung unserer Hauptfrage getan: Geschäftsunfähige können die erste Bedingung für die Okkupation erfüllen, d. h. sie können Besitz erwerben, da ein rechtsgeschäftlicher Wille heute für den Besitzerwerb nicht mehr erfordert wird.

[1]) Kniep a. a. O. S. 101.

Zweiter Hauptteil.

§ 10.

Um jedoch durch Okkupation Eigentum zu erwerben, dazu gehört, wie wir schon eingangs sahen, nach Bürgerlichem Gesetzbuch noch die Erfüllung einer weiteren Bedingung. Der § 958 Abs. 1 fordert für eine rechtswirksame Aneignung nämlich nicht nur einfachen Besitz des Okkupanten, sondern Eigenbesitz. Der 2. Teil unserer Abhandlung wird sich daher mit der wichtigen Frage zu beschäftigen haben, ob der Besitz eines Geschäftsunfähigen auch die speziellen Erfordernisse des Eigenbesitzes aufweisen kann, m. a. W.: ob ein Geschäftsunfähiger nach Bürgerlichem Gesetzbuch „als ihm gehörend" besitzen kann. Erst wenn wir diese in der Literatur heftig bestrittene Frage beantwortet haben, können wir endgültig unsere Entscheidung treffen, ob nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch geschäftsunfähige Personen Eigentum an herrenlosen Sachen durch Okkupation erwerben können. Es kommt für unsere ganze

Untersuchung also im Grunde nur auf das Wesen des im § 958 geforderten Eigenbesitzes an.

Wir fragen uns zunächst: Was will der § 872 unter „als ihm gehörend besitzen“ verstanden wissen? Bei der auffallenden Kürze, die der Besitzlehre unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs nun einmal eigen ist, suchen wir hier vergeblich nach näheren Bestimmungen über den Begriff des Eigenbesitzes. Ein Blick in die einschlägige Literatur zeigt uns, wie sehr über diesen Begriff gestritten wird. Um über das Wesen des Eigenbesitzes zur Klarheit zu kommen, wollen wir vorerst festzustellen suchen, welche Umstände die Gesetzgeber veranlaßt haben, den Begriff des Eigenbesitzes in § 872 so und nicht anders zu fixieren.

Für den 1. Entw. eines Bürgerlichen Gesetzbuchs konnte die Frage einer besonderen Besitzart wie die des Eigenbesitzes gar nicht praktisch werden; denn hier bestanden schon für den gewöhnlichen Besitz die beiden Erfordernisse des corpus und animus, zum Unterschiede von der Inhabung, die bloß die tatsächliche Gewalt voraussetzte. Dies änderte sich jedoch alles bei der 2. Lesung, die bekanntlich das gesamte Besitzrecht neu gestaltete. Da man sich hier entschloß, für den Besitz das bloße körperliche Moment als ausreichend zu erachten, wurden Stimmen laut, die einen besonderen, auch auf den Willen gegründeten Besitz nicht entbehren zu können glaubten. Für die Hervorhebung dieses Eigenbesitzes gegenüber den anderen Arten des Besitzes (Fremdbesitz!) trat vor

allem Strohal[1]) ein. Man stellte es indes der Redaktionskommission anheim, in welcher Art und an welcher Stelle eine darauf bezügliche Bestimmung aufzunehmen sei. Daraufhin hat sich die Kommission von der Unentbehrlichkeit dieses Begriffes überzeugt und eine Definition an den Schluß des Abschnitts über den Besitz gestellt.[2])

Die Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs[3]) sieht das wesentliche Merkmal der als Eigenbesitz bezeichneten Unterart des Besitzes in dem „Willen des Besitzers, die Sache als ihm gehörend zu besitzen".

Der für den Eigenbesitz erforderte Wille sollte nach Vorschlägen, die in der 2. Kommission gemacht wurden, im Gesetze ausdrücklich zum Merkmal des Eigenbesitzes erhoben werden, jedoch ist man den dahingehenden Wünschen bei der Formulierung des Gesetzestextes nicht nachgekommen.[4]) Daraus erklärt es sich, behaupten wir mit Manigk,[5]) daß sich der durchaus herrschenden Auslegung des § 872, die den animus domini verlangt, eine abweichende gegenübergestellt hat.

Der Eigenbesitz bietet im übrigen hinsichtlich des

---

[1]) vgl. Strohal in Jherings Jahrb. Bd. 29.

[2]) vgl. Prot. der Kommission für die 2. Lesung des Entw. des BGB. Bd. 3 S. 227.

[3]) Denkschr. S. 123.

[4]) vgl. Kommissionsprot. Bd. 3 S. 219.

[5]) Manigk im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 316.

Erwerbes, Verlustes und Schutzes nichts Besonderes. Seine rechtliche Bedeutung liegt nicht auf dem Gebiete des Besitzschutzes. Er ist vor allem die Grundlage für den Erwerb des Eigentums bei der Ersitzung beweglicher (§ 937) und in besonderen Fällen unbeweglicher Sachen (§§ 900, 927), beim Erwerbe von Erzeugnissen einer Sache (§ 955) und schließlich, wovon wir ja ausgegangen waren, bei der Aneignung (§ 958).[1]) Wo dem Eigenbesitz eine Rolle zufällt, ist dies im Bürgerlichen Gesetzbuch übrigens ausdrücklich gesagt.

Auch das bisherige Recht hat grundsätzlich zwischen Eigen- und Fremdbesitz unterschieden. Das altdeutsche Recht z. B. trennte eine eigenliche Gewere („egenlike gewere" des Sachsenspiegels II a, 44 § 3) und eine Lehnsgewere, das römisch-gemeine Recht den Eigen- und den Pfandbesitz, das preußische Recht vollständigen und unvollständigen Besitz. Die einzelnen Rechte zogen nur die Grenzen des Fremdbesitzbegriffes verschieden.

Bartels[2]) weist darauf hin, daß im Eigenbesitze des Bürgerlichen Gesetzbuchs sich nur ein „Rest des alten animus domini" erhalten habe, der früher ein notwendiges Erfordernis jedes Besitzes war. Ein wesentlicher Unterschied zwischen römischem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch besteht allerdings darin, daß das römische Recht außer dem Besitz mit animus domini

[1]) vgl. ferner §§ 836, 920, 1127 BGB. und § 147 ZVG. vom 24. 3. 1897.

[2]) Bartels in Gruchots Beitr. 42. Jahrg. S. 646.

auch noch andere Fälle des possessorisch geschützten Sachbesitzes kennt, nämlich den Besitz des Pfandgläubigers, des Prekaristen, des Sequesters, des Emphyteutas und des Superfiziars.

In der Literatur ist man sich, wie gesagt, zurzeit durchaus nicht einig darüber, was unter „als ihm gehörend besitzen“ (nach § 872) zu verstehen ist, und doch ist dies mit Rücksicht auf die große Rolle, die der Eigenbesitz in vielen Fällen als Voraussetzung des Eigentumserwerbs spielt, von größter Wichtigkeit. Vom Wesen des Eigenbesitzes allein hängt nach Bürgerlichem Gesetzbuch die Entscheidung der Frage ab, ob ein Geschäftsunfähiger heutzutage okkupieren kann.

Nicht erforderlich für den Eigenbesitz ist es jedenfalls, daß der Besitzer die Sache für eine ihm gehörende halten, d. h. die opinio dominii haben muß; darüber ist man sich in der Literatur einig. Planck[1]) hebt deshalb richtig hervor: „Unzweifelhaft schließt der Mangel des guten Glaubens zwar die opinio dominii, nicht aber den Eigenbesitz aus; auch der Dieb also ist Eigenbesitzer“.[2])

§ II.

Im folgenden wollen wir nun die Ansichten der wichtigsten Schriftsteller, die sich über das Wesen des

[1]) Planck Bd. 3 Anm. 2b zu § 872 BGB.

[2]) vgl. auch §§ 937 Abs. 2 u. 955 Abs. 1 Satz 2; derselben Ansicht Endemann, Lehrb. Bd. 2 S. 154.

Eigenbesitzes ausgesprochen haben, betrachten. Es stehen sich in der Literatur zwei verschiedene Meinungen gegenüber. Der Streit dreht sich vor allem darum, ob der Wille des Besitzers, die Sache unter Ausschluß Dritter allein für sich zu haben, erheblich sei, oder ob ein solcher Wille entbehrlich und allein die objektive Sachlage, also die äußere Position, entscheidend sei.

Als Vertreter der Richtung, die den Willen für entbehrlich hält, sagt Dernburg,[1]) „es genügt, daß man die Stellung eines Eigentümers einnimmt". Noch deutlicher meint Fischer,[2]) „als ihm gehörend" bedeute „zum Zwecke der Ausübung des Eigentums", wobei er sich auf § 955 Abs. 2 bezieht, der hinsichtlich des Erwerbes von Erzeugnissen einer Sache dem Eigenbesitzer denjenigen gleichstellt, welcher eine Sache „zum Zwecke der Ausübung eines Nutzungsrechts an ihr" besitzt. „Es genügt", fährt Fischer beim Eigenbesitz fort, „der meistens ohne weiteres anzunehmende äußere Anschein des Eigentums. Subjektive Erfordernisse, wie guter Glaube, animus domini, bestehen nicht. Selbst durch den Mangel des animus domini wird der Eigenbesitz nicht notwendig ausgeschlossen. Kinder und Wahnsinnige können Eigenbesitz originär selbst erwerben."

---

[1]) Dernburg, Das bürgerl. R. Bd. 3 S. 47; ebenso Krebs, Inaug.-Diss. S. 28–32.

[2]) Fischer in Fischer-Henles Handausgabe des BGB. Anm. 1 zu § 872 BGB.

Beiden Auffassungen ist Manigk in seiner Abhandlung „Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte“[1]) entgegengetreten. Er legt in diesem Werke erst allgemein seine Anschauungen vom Begriffe des Rechtsgeschäfts nieder[2]) und behandelt darauf eingehender das Wesen der Okkupation und der Dereliktion, wobei er seine Theorie von der Souveränität des Willens darlegt.

Beschäftigen wir uns nun zunächst noch etwas mit den oben zitierten Äußerungen Dernburgs und Fischers. Was Dernburgs „Stellung eines Eigentümers“ bedeuten soll, ist zunächst nicht klar. Der Autor fügt hinzu, und zwar im Anschluß an Jhering[3]): „Wer die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, hat der Vermutung nach diese Stellung“. Dazu zitiert er den code Napoléon Art. 2230: „On est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est pas prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre“, und behauptet, daß Gleiches nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch anzunehmen sei.

Hier geben wir Endemann[4]) recht, der sagt, allgemein eine Vermutung für den Eigenbesitz aufstellen

---

[1]) s. Manigk in Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerl. R. Heft 5.

[2]) vgl. S. 3 u. 4 unserer Abhandlung.

[3]) vgl. v. Jhering, Der Besitzwille S. 167.

[4]) Endemann, Lehrb. Bd. 2 S. 155 Anm. 14.

zu wollen, das gehe zu weit, da nur das Gesetz Vermutungen im engeren Sinne schaffen könne. Im vorliegenden Falle ist dies aber nicht geschehen, vielmehr ist der Eigenbesitz nur als besondere Art des gewöhnlichen Besitzes diesem gegenübergestellt. Dernburgs Interpretation des § 872 scheint uns somit nicht annehmbar. Wie käme man auch dazu, eine Vermutung des code civil einfach auf unser Bürgerliches Gesetzbuch zu übertragen?

Manigk[1]) glaubt, aus den weiteren Bemerkungen Dernburgs gehe hervor, daß auch dieser Schriftsteller im Grunde nichts anderes meint, als die herrschende, von uns vertretene Ansicht behauptet; er entwickelt dies a. a. O. im einzelnen und kommt zu dem Resultat, Dernburgs bloße „Stellung des Eigentümers" bedeute, „daß der Besitzer, seinen Absichten hinsichtlich der Sache entsprechend, sich in eine gewisse räumliche Beziehung zu der Sache bringt und mit ihr jenem Willen entsprechend verfährt, z. B. über sie verfügt, sie verbraucht, abnutzt usw."[2]) Ob Dernburg in der Tat das hat sagen wollen, möchten wir dahingestellt sein lassen. Jedenfalls aber ist u. E. aus den Worten „als ihm gehörend besitzen" das Willensmoment herauszulesen.

---

[1]) vgl. Manigk in Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerl. R. Heft 5 S. 109.

[2]) vgl. Manigk im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 318.

Als unrichtig indessen muß Dernburgs Ansicht bezeichnet werden, daß auch Kinder unter sieben Jahren und Geisteskranke Eigenbesitz erlangen, wenn „ihre Einsicht und ihr natürlicher Wille es ermöglicht, daß sie eine Sache als ihnen gehörend besitzen", und daß dann anzunehmen sei, daß sie „Eigentum durch Aneignung erwerben können". Hier weist Manigk[1]) mit Recht darauf hin, daß die heutige Rechtsordnung die Handlungsfähigkeit insbesondere der Kinder unter sieben Jahren in keinem Falle von dem relativen Maße ihrer Einsicht abhängig macht; es soll vielmehr nach gesetzlichem Prinzip bei den Kindern ebenso wie bei den anderen Geschäftsunfähigen nicht auf eine Abmessung ihrer individuellen Einsicht ankommen, da „dieser äußerste Grad unvollkommener Geschäftsfähigkeit einen absoluten Charakter tragen soll".

Zu der oben erwähnten Ansicht Fischers über den Begriff des Eigenbesitzes sagt Manigk,[2]) „man müsse trotz allen Sträubens der Gegner festhalten, daß ‚der Zweck der Ausübung des Eigentums' nur vom Besitzer selbst, und zwar doch nur von seinem Willen, von seinen Absichten gesetzt werden kann". „Ein Zweck ist stets etwas Subjektives, nämlich das vom Handelnden vorgestellte und erstrebte Ziel. Tatsachen an sich können keinen Zweck haben; der Mensch kann

---

[1]) Manigk in Leonhards Studien a. a. O. S. 213.

[2]) Manigk im Arch. f. bürgerl. R. a. a. O. S. 318.

mit der Verwirklichung von Tatsachen nur Zwecke verfolgen".[1])

Wir können auch hier Manigk nur in jeder Beziehung recht geben. Gerade in der Aufstellung des Zweckbegriffs zeigt sich doch recht deutlich, daß das subjektive Element beim Eigenbesitz nicht zu leugnen ist. Danach müssen wir also die Ansicht Fischers ablehnen. Überdies wüßten wir auch nicht, was uns berechtigt, den Eigenbesitz nach Analogie des Nutzungsbesitzes (§ 955 Abs. 2) zu definieren. Wir halten vielmehr daran fest, daß die Willensrichtung des Besitzers die wesentliche Grundlage des Eigenbesitzes ist.[2])

In neuerer Zeit ist von Auerbach[3]) und auch von Friebe[4]) der Versuch gemacht worden, die Objektivitätstheorie Fischers historisch und logisch zu begründen. Gegen Auerbachs genannte Schrift „Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes", in der er gegen die von Manigk verteidigte herrschende Lehre polemisiert, wendet sich letzterer in der schon zitierten Abhandlung „Die Voraussetzungen des Eigenbesitzes

---

[1]) Manigk in Leonhards Studien a. a. O. S. 108.

[2]) Ebenso Engelmann, Das bürgerl. Recht Deutschlands S. 485.

[3]) Auerbach, Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzers, in den Rostocker rechtswissenschaftlichen Studien von Matthiaß und Geffken Bd. 3 Heft 5.

[4]) Friebe, Ist zum Eigenbesitz der sogen. animus domini erforderlich? Inaug.-Diss. Breslau 1905.

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch“ im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 25. Er weist darin aufs treffendste die Haltlosigkeit der gegnerischen Meinung nach. Wir können uns den Ausführungen Manigks nur anschließen.

Der Grund des Mißlingens der Auerbachschen Untersuchungen dürfte in seiner zu starken Anlehnung des Eigenbesitzbegriffs an den der deutschrechtlichen Eigengewere[1]) zu finden sein, eines Instituts, über dessen Wesen in der Literatur noch kaum volle Klarheit herrscht. Wir werden später bei Besprechung einer Reichsgerichtsentscheidung nochmals auf Auerbach zurückkommen.

Auch das Resultat, zu dem Friebe in seiner oben erwähnten Dissertation kommt, befriedigt uns nicht.[2]) Er muß zwar zugeben, daß die Protokolle zum 2. Entw. und die Denkschrift zum Bürgerlichen Gesetzbuch das Willensmoment als Erfordernis des Eigenbesitzerwerbes aufstellen; das Ziel seiner Untersuchung soll aber doch der Nachweis der Unhaltbarkeit der Subjektivitätstheorie sein. Friebe stellt da eine eigenartige Theorie auf, durch die er unsere ganze Willenstheorie mit einem Schlage zunichte machen zu können glaubt.[3]) Er meint nämlich, wenn man den Eigen-

---

[1]) vgl. Auerbach a. a. O. S. 4ff.

[2]) Friebe a. a. O. S. 67.

[3]) Friebe ebenda S. 80.

besitz vom Vorhandensein des animus domini abhängig macht, dann liege es ganz in der Hand der besitzenden Person, Eigenbesitz zu haben oder nicht.[1]) „Denn", so fährt der Verfasser wörtlich fort, „es kann ja Personen geben, die so klug sind, sich den animus domini, von dessen Wirkungen sie gehört haben, anzumaßen. Ihrer Willkür ist alles anheimgegeben. Der Mieter braucht ja nur den animus domini zu fassen, dann hat er Eigenbesitz."

Dieser zunächst bestechende Einwand ist jedoch nicht durchschlagend. Bei näherem Zusehen zeigt sich nämlich, daß der Schaden gar nicht so unermeßlich ist, wie der Verfasser befürchtet.

Es handelt sich hier vor allem um die prozessuale Beweisbarkeit des vorhandenen oder nicht vorhandenen animus domini. Sollte Friebe wirklich glauben, daß der Richter im Prozeß sich mit der einfachen Behauptung einer Partei begnügen wird, daß sie den Eigenbesitzwillen habe, wenn es deutlich zutage tritt, daß sie dies nur vorgibt, um in fraudem legis zu handeln? Es ist doch selbstverständlich, daß, wenn sichere objektive Merkmale gegen das Vorhandensein eines solchen Willens sprechen, der Richter niemals der Parteibehauptung Glauben schenken wird, und daß sich somit der wahre

---

[1]) Der römische Satz: Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest kann, wie Friebe a. a. O. S. 80 Anm. 3 richtig hervorhebt, für das BGB. keine Geltung beanspruchen.

Charakter des Besitzes dadurch niemals ändern kann. Friebes Argumente sind also nicht stichhaltig.

Über „die Bedeutung des Eigenbesitzes“ hat in neuerer Zeit auch Knauth geschrieben. Er geht davon aus,[1]) daß „das subjektive Element beim Eigenbesitz nicht zu leugnen sei“, und scheint uns damit nahezustehen. Um jedoch auch geschäftsunfähigen Personen den Eigenbesitzerwerb zu ermöglichen, sucht er eine Mittelmeinung und sagt,[2]) das „als ihm gehörend besitzen“ bedeute: „die Sache wie eine eigene behandeln“. Daher läßt er auch Geschäftsunfähige zum originären Eigenbesitzerwerb zu.

U. E. ist nicht einzusehen, wie jemand eine Sache wie eine eigene „behandeln“ soll, ohne den Willen zu haben, die Sache wie eine eigene zu besitzen (ausgenommen natürlich den Fall des Handelns in fraudem legis!). Gerade dieser Eigenbesitzwille wird uns doch nur veranlassen, die Sache als eigene zu behandeln.

Auch die Meinung, die Cosack in seinem Lehrbuche[3]) vertritt, müssen wir abweisen. Er läßt, da er für die Aneignung keinen Erfolgswillen erfordert, ebenfalls geschäftsunfähige Personen zu ihrer Vornahme zu. Würde man ihnen dieselbe gestatten, so müßte man sie aber u. E. ohne weitere Bedenken zu jedem lukrativen Eigentumserwerb zulassen; denn auch z. B. bei der

---

[1]) Knauth, Die Bedeutung des Eigenbesitzes nach dem BGB., Inaug.-Diss. S. 13.

[2]) Knauth a. a. O. S. 15/16.

[3]) Cosack, Lehrb. des deutschen bürgerl. R. Bd. 2 S. 132.

Schenkung brauchen sie nur die Absicht zu haben, als ihnen gehörend zu besitzen. Warum aber sollen Kinder Eigentum originär erwerben können, wenn sie einstimmig vom derivativen Eigentumserwerb ausgeschlossen werden? Sollte man sie nicht eher gerade dort zulassen, wo sie nicht allein, sondern gegenüber einem anderen handeln, der sie auf die Folgen aufmerksam machen könnte?[1])

Staudinger[2]) hält Cosack mit Recht entgegen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch zur Aneignung eben nicht nur die Herstellung des natürlichen Gewaltverhältnisses erfordere, welches allerdings „facti, non iuris" ist, sondern das „Nehmen in Eigenbesitz", das doch eine auf eine Veränderung in der Rechtswelt gerichtete Willensbetätigung, also eine Willenserklärung im technischen Sinne sei.

Im Prinzipe wenigstens ist auch Kniep unserer Ansicht. Er kommt zu dem Ergebnis, daß jemand Eigenbesitz nur erwerben könne, wenn er den Willen hat, die Sache als ihm gehörend zu besitzen. Indessen sucht er für geschäftsunfähige Personen einen Ausweg, damit auch diese zum Eigenbesitz gelangen können. „Man wird", sagt Kniep,[3]) „den bei ihnen in Wirklichkeit vorhandenen Willen zu Hilfe nehmen müssen". Wenn ein Geschäftsunfähiger auf Rügen ein Stück Bernstein

---

[1]) vgl. Manigk in Leonhards Studien a. a. O. S. 214/15.

[2]) v. Staudinger Bd. 1 S. 262.

[3]) Kniep, Der Besitz des BGB. S. 104.

findet, so ist seines Erachtens der nach § 958 zur Aneignung erforderliche Eigenbesitz gegeben, mithin auch das Eigentum erworben. Dem können wir nicht zustimmen. Denn um einen etwa vorhandenen natürlichen Willen einer geschäftsunfähigen Person kümmert sich die Rechtsordnung nicht. Es kann sich hier, wie schon gesagt, nur um einen wirklichen Eigenbesitzwillen handeln.

§ 12.

Wie schon hervorgehoben, haben wir die Mehrheit der Literatur auf unserer Seite. Biermann, Meisner, Neumann, Kuhlenbeck in ihren Anmerkungen zu § 872 BGB. verlangen sämtlich für den Eigenbesitz den animus domini und schließen infolgedessen Geschäftsunfähige vom Erwerbe des Eigenbesitzes aus.[1]) Planck[2]) hebt in Übereinstimmung mit uns hervor: „Für den Begriff des Eigenbesitzes bildet gerade der Zweck des Besitzes das unterscheidende Merkmal". Auch Endemann[3]) spricht sich in unserem Sinne aus: „Der Eigenbesitz beruht auf dem Willen, die Sache wie ein Eigentümer zu besitzen; diesen Tatbestand vermag ein Verkehrs-

---

[1]) Eck (Vorträge über das Recht des BGB., herausgegeben von Leonhard, Bd. 2 S. 6) schließt allerdings geschäftsunfähige Personen nicht notwendigerweise vom Eigenbesitzerwerb aus! Vgl. l. 1 § 3 D. 41, 2.

[2]) Planck Bd. 3 S. 28.

[3]) Endemann, Lehrb. Bd. 2 S. 562.

unfähiger selbständig nicht herzustellen, denn seine Handlungen entbehren jeder rechtlichen Bedeutung".

Als Argument, das besonders deutlich für unsere Ansicht spricht, möchten wir noch die Auffassung Strohals vom Eigenbesitz anführen. Dieser Autor hat sich entgegen seiner de lege ferenda geäußerten Meinung,[1]) daß der Eigenbesitz auch ohne die Lehre vom animus domini sehr wohl bestehen könne, offenbar deswegen, weil das Gesetz seinem Vorschlage nicht gefolgt war, nach der Einführung des Gesetzes bezüglich des Eigenbesitzes der Subjektivitätstheorie angeschlossen. Strohal spricht seine Ansicht deutlich aus[2]): „Das Bürgerliche Gesetzbuch versteht unter Eigenbesitz nichts anderes, als was die romanistische und gemeinrechtliche Lehre als Besitz mit animus domini bezeichnet". Kann es wohl ein besseres Beweismittel für die Richtigkeit unserer Theorie geben als die Tatsache, daß Strohal, der anfangs gerade die gegensätzliche Meinung vertrat, sich infolge der Fassung des § 872 jetzt zur Willenstheorie bekehrt hat?

Schließlich hat sich auch die Praxis des Reichsgerichts der herrschenden, von uns verteidigten Ansicht angeschlossen. Der oberste Gerichtshof äußerte sich in einer 1903 gefällten Entscheidung[3]) ganz in unserem

---

[1]) vgl. Strohal in Jherings Jahrb. Bd. 29 S. 367.

[2]) Strohal in Jherings Jahrb. Bd. 38 S. 13.

[3]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 54 S. 135.

Sinne. Im vorliegenden Falle wurde der Eigenbesitz an gewissen Grundstücksstreifen von beiden Parteien behauptet. Da die Streitflächen zu dem Hauptgrundstück des Klägers gehörten, im Kataster auf seinen Namen eingetragen und von ihm bebaut und bepflanzt worden waren, so wurde, wie schon vom Vorderrichter, Eigenbesitz angenommen mit der Begründung: „Vollständiger oder Eigenbesitzer ist, wer eine Sache als sein eigen, als ihm gehörig besitzt, wer sie also mit dem Willen, ihr Eigentümer zu sein, besitzt. Ob dieser Wille vorhanden, ist in jedem einzelnen Falle nach den tatsächlichen Umständen zu beurteilen".

Kürzer und klarer, möchte man meinen, hätte sich das Reichsgericht über den Begriff des Eigenbesitzes nicht aussprechen können. Um so verwunderlicher ist es, daß sich hier ein Autor von unserer gegnerischen Partei gefunden hat, der es versucht, diese Entscheidung des obersten Gerichtshofes seiner Theorie dienstbar zu machen. Auerbach[1]) ist es, der in kaum zu verstehender Weise in seiner „Kritik" der zitierten Entscheidung aus den Worten derselben den Sinn herausliest, daß „nicht der Wille, sondern die tatsächlichen Umstände das Maßgebende sind", und daß das Reichsgericht im Grunde genommen dieselbe Auffassung habe wie er.

Wir glauben, daß sich hier jede Widerlegung er-

---

[1]) Auerbach a. a. O. S. 36 u. 37.

übrigt. Die beiden erwähnten Sätze der Entscheidung reden eine zu deutliche Sprache. Auerbach weicht übrigens hierin auch von Fischer ab, der in Anm. 1 zu § 872 unumwunden zugibt, daß jene Reichsgerichtsentscheidung „anderer Meinung“ ist. Friebe dagegen tritt auch hier in Auerbachs Fußstapfen.

Nach all diesen Belegen, die wir im vorhergehenden für unsere Ansicht gebracht haben, dürfte es nicht mehr zweifelhaft sein, daß für den Eigenbesitz ein Erfolgswille unbedingt erfordert werden muß.

Was die Art dieses Willens betrifft, so sind auch hierüber die Meinungen geteilt. Einige verlangen Eigenbesitzwillen, andere dagegen Eigentumserwerbswillen. Manigk[1]) erklärt den Eigenbesitzwillen mit dem Eigentumserwerbswillen für identisch[2]) und sucht darzulegen, daß, wenn man beide nicht gleichstelle, „man sich lediglich von einem irreführenden Dualismus im Sprachgebrauch dieser Ausdrücke leiten lasse“.

Über die Richtung des Willens äußert sich Manigk noch an anderer Stelle des näheren[3]): „Die Willensrichtung des Erwerbers ist bei der Aneignung ganz dieselbe wie z. B. bei der Annahme einer schenkweise tradierten Sache: er muß die Sache für sich erwerben wollen, wozu das Kind und der Geisteskranke nicht im-

---

[1]) vgl. Manigk in Leonhards Studien a. a. O. S. 128ff.

[2]) Derselben Ansicht sind Biermann und v. Staudinger in ihren schon zitierten Kommentaren.

[3]) Manigk im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 324 u. 325.

stande sind". Der Autor weist mit Recht darauf hin, daß man im letzteren Falle z. B. doch nicht den Umweg zulassen könne, daß der Schenker seine Sache vor den Augen des Kindes erst derelinquiert, indem er sie fortwirft, und nun das Kind sie sich aneignet. Die Möglichkeit dieses Umweges zeige vielmehr, wie doktrinär und unpraktisch die gegnerische Auffassung werden muß, um konsequent zu bleiben.

Was sollte auch den Gesetzgeber veranlassen, demjenigen, der eine herrenlose Sache etwa nur zu vorübergehendem Besitz (z. B. zur Besichtigung oder Prüfung) apprehendiert, um sie dann wieder fortzuwerfen, mit der Besitzergreifung gleich Eigentum zu geben?[1]) Darin zeigt sich gerade der Unterschied zwischen Besitz und Eigentum, daß man den possessorisch geschützten Zustand des Besitzes, ohne daß eine Willensbetätigung erfordert wird, erlangen kann, während zum Erwerbe des Eigentums, des weitestgehenden und vollkommensten dinglichen Rechtes an einer Sache, doch etwas mehr gefordert werden muß als die momentane Erlangung der tatsächlichen Gewalt.

Anders liegen die Verhältnisse z. B. beim Schatzfunde (§ 984 BGB.), worauf Manigk sehr richtig hinweist.[2]) Der Unterschied zwischen der Rechtsnatur der

[1]) vgl. Manigk in Leonhards Studien S. 30 und Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 533.

[2]) vgl. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 541 u. 542.

Aneignung und des Schatzerwerbs zeigt sich in der verschiedenen Behandlung beider Fälle im Gesetz. Dort verlangt das Gesetz Eigenbesitz, hier nur Besitz. Bei der Aneignung erhält der Erwerber das, was er erstrebt: das Eigentum; beim Schatzfund dagegen tritt, ganz unabhängig vom Wollen des Entdeckers, allein infolge der Entdeckung und der Inbesitznahme ex lege der Erwerb des Eigentums an der einen Hälfte des Schatzes ein, ohne daß der Entdecker diesen Effekt zu kennen oder gar zu wollen braucht.[1])

In einem Punkte können wir Manigk, dem wir uns ja im großen ganzen durchaus anschließen, jedoch nicht folgen. Er meint nämlich, aus der Gegenüberstellung der Okkupation mit der Dereliktion auf die erstere einen Schluß ziehen zu können. Manigk fordert, da die Okkupation der contrarius actus der Dereliktion sei, für beide die gleiche rechtliche Behandlung; deshalb sei das in § 959 BGB. für die letztere ausgesprochene Erfordernis des Erfolgswillens auch für die Aneignung in Anspruch zu nehmen. Hier möchten wir dem genannten Autor entgegenhalten, daß die Rechtsordnung doch zweifellos das Bestreben zeigt, den Erwerb eines Rechtsgutes zu erleichtern, den Verlust desselben aber zu erschweren (was sich z. B. deutlich aus den §§ 107, 856 Abs. 2 BGB. ergibt.[2]) Aus dem Wesen

---

[1]) vgl. Pappenheim in Jherings Jahrb. Bd. 45 S. 146.

[2]) vgl. Friebe, Inaug.-Diss. S. 77.

der Dereliktion lassen sich also u. E. auf die Okkupation keine Schlüsse ziehen.

Manigk sucht in seinem genannten neuen Werke[1]) sogar die „ratio“ zu finden, warum das Gesetz im § 958 das generellere Institut des Eigenbesitzes verwertete und nicht etwa von einem Aneignungswillen sprach, obgleich das letztere allerdings „nichts geschadet hätte“. Er führt aus, vom animus domini oder vom Eigentumserwerbswillen spreche man meist nur da, „wo zugleich die opinio dominii gegeben ist, d. h. die Überzeugung und subjektive Meinung des Handelnden, daß ein Hindernis zum rechtmäßigen Erwerb nicht entgegenstehe“.

Um es noch einmal zusammenzufassen, so ist zu sagen, daß die große Uneinigkeit, die über die Erfordernisse für die Okkupation unter den Schriftstellern herrscht, sich daraus erklärt, daß das BGB. in § 958 den Erfolgswillen nicht so ausdrücklich für die Aneignung fordert wie in § 959 für die Dereliktion; es setzt vielmehr für erstere den Erwerb des Eigenbesitzes voraus, und wie sehr die Meinungen über diesen wichtigen Begriff auseinandergehen, haben wir ja gesehen. Wir haben aber auch festgestellt, wie wir den Eigenbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch aufgefaßt wissen wollen, und was uns zu dieser Beurteilung des Eigenbesitzes veranlaßt.

---

[1]) Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 544.

Schluß.

§ 13.

Wir kommen demnach in unserer Untersuchung zu dem Resultat, daß nach § 105 BGB. geschäftsunfähige Personen **nicht** rechtswirksam okkupieren können.[1]) Denn da zur Okkupation ein Aneignungswille erfordert wird, so ist der Kreis der zur wirksamen Vornahme der Aneignungshandlung Befugten auf jene Personen zu beschränken, von welchen allein eine Willenserklärung mit rechtlicher Wirksamkeit abgegeben werden kann.

„Auffallen muß es ja", bemerkt Kurts[2]) ganz richtig, „daß Geschäftsunfähige an herrenlosen Sachen nicht Eigentum erwerben sollen, sogar nicht einmal, wenn das Rechtsgeschäft mit Zustimmung des Gewalthabers vorgenommen wird, zumal gerade die Aneignung im Leben der Kinder eine wichtige Rolle spielt; man denke nur an die täglich unzählig oft vorkommenden Fälle, wo Kinder an der See Muscheln sammeln!" Auch in der Reichstagskommission[3]) wurde diese Frage eifrig

[1]) Zu demselben Ergebnis kommt, wenn auch auf etwas anderem Wege, Kasten in seiner Inaug.-Diss.: Kann der Geschäftsunfähige nach dem BGB. okkupieren? Freiburg i. Br. 1902.

[2]) Kurts, Inaug.-Diss. S. 39.

[3]) vgl. den Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines BGB. S. 24.

erörtert, aber die Geschäftsunfähigen wurden trotz aller Anträge nicht einmal da besser gestellt, wo sie aus den Geschäften lediglich einen Vorteil erlangen und die zu diesem Willensakt erforderliche Einsicht haben. Die Gesetzgeber blieben unerbittlich, erklärten alle Willenserklärungen der Handlungsunfähigen für nichtig (§ 105 Abs. 1 BGB.) und beseitigten damit die Ausnahme des römischen Rechts hinsichtlich der Schenkungen.

Auch Leonhard scheint von den Argumenten derjenigen, die unsere Ansicht vertreten, nicht überzeugt zu sein, denn er sagt[1]): „Warum soll man z. B. den Kindern und Wahnsinnigen verwehren, für sich Schmetterlinge einzufangen, sofern sie wissen, was sie tun?“ und bemerkt weiterhin: „Dagegen scheint mir ihre Verwendung zur stellvertretenden Ausübung eines Jagdrechts bedenklich“.

Abgesehen von den oben angeführten Gründen, aus denen Geschäftsunfähige zur Okkupation nicht zuzulassen sind, müssen wir im Anschluß an Manigk[2]) der Auffassung jenes Schriftstellers entgegenhalten, daß „die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit weder im heutigen noch im alten Recht von der Höhe des den Gegenstand des betreffenden Geschäfts bildenden Vermögenswertes noch von der Gemeingefährlichkeit der bei den Geschäften gewählten Mittel abhängig gemacht wird“. Denn wenn beispielsweise landesgesetzliche Jagdpolizeibestimmungen

[1]) Leonhard, Der allgem. Teil des BGB. S. 259.

[2]) Manigk in Leonhards Studien S. 211 u. 212.

Kindern die Jagd mittels Schußwaffen verbieten, so ist ihnen nicht damit die Aneignung überhaupt untersagt, sondern nur „die gewählte Form des corpus". Auch der Geringwertigkeit des Objekts, durch die obiges Beispiel Leonhards vielleicht frappieren könnte, darf für unsere Frage keine Bedeutung beigemessen werden. „Man würde, falls ein Geschäftsfähiger die Schmetterlinge finge und sie dann einem Geschäftsunfähigen schenkte, trotz des geringen Objekts diese Schenkung ohne Bedenken als nichtig ansehen. Warum soll die direkte Aneignung der Schmetterlinge durch Geschäftsunfähige im Gegensatz dazu gültig und wirksam sein?"[1])

Und umgekehrt: Wollte man Geschäftsunfähige zur Okkupation geringerer Objekte zulassen, so müßte man sie billigerweise aus denselben Rücksichten derartige Sachen auch aus der Hand eines Tradenten etwa schenkungshalber erwerben lassen. Wollen müssen sie in beiden Fällen dasselbe. Wo sollte hier die Grenze sein? Manigk[2]) betont auch hier wieder sehr mit Recht, daß das Gesetz von der absoluten Willensunfähigkeit dieser Personen im Rechtssinne ausgehe. Wo also der Erfolgswille wesentlich ist, sind Geschäftsunfähige unter allen Umständen auszuschließen. Einen relativen Maßstab, der die konkrete Einsichtsfähigkeit in Betracht zieht, kennt § 105 BGB. nicht.

Wir glauben demnach, im vorhergehenden dargelegt

---

[1]) Manigk ebenda.

[2]) Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 567.

zu haben, daß die geschäftsunfähigen Personen nach heutigem Recht in keinem Falle zum Okkupationserwerbe zugelassen werden können, selbst da nicht, wo es sich um nur geringfügige Objekte handelt. Und wenn unsere Gegner behaupten, dieses Resultat unserer Untersuchung widerspreche dem Gerechtigkeitsgefühl, so ist uns dies durchaus unverständlich. Denn man muß sich doch stets vor Augen halten, daß das Kind, das eine Muschel oder einen schönen Stein findet, keineswegs ganz schutzlos ist. Erlangt es doch im Gegensatz zu früheren Rechten heutzutage sofort an dergleichen Gegenständen den Besitz, der die Wohltat des Besitzschutzes gegen jede verbotene Eigenmacht in sich schließt.

Welch günstige Stellung im allgemeinen der Besitz verschafft, haben schon die Römer erkannt; sie sprachen dies in den Worten aus: beati possidentes! und: melior est causa possidentis![1]) Und auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch gewährt der Besitz dem betreffenden Besitzer unverkennbare Vorteile; vor allem hat er nach § 1006 die Vermutung des Rechts für sich. Da Besitz und Eigentum in der Regel zusammenfallen, so hat man den Besitz mit Recht als das „tatsächliche Abbild“ des Eigentums bezeichnet. In diesem Sinne kann man hierher wohl das Wort Schillers übertragen:

„Sei im Besitze, und du wohnst im Recht!“

[1]) vgl. l. 11 D. 20, 1.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ich, Albrecht Müller, bin am 12. August 1884 zu Oberglogau, Kreis Neustadt (Schlesien), geboren als Sohn des jetzigen Rittmeisters a. D. Albrecht Müller in Cunnersdorf im Riesengebirge und seiner Ehefrau Marie, geb. v. Blumencron. Ich bin evangelischer Religion und preußischer Staatsangehöriger.

Von Ostern 1894 ab besuchte ich das Gymnasium zu Sagan, das ich Ostern 1903 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Darauf studierte ich die Rechts- und Staatswissenschaften auf den Universitäten zu Grenoble (1 Semester), Freiburg i. Br. (2 Semester), Berlin (1 Semester) und Breslau (2 Semester). Während meiner Studienzeit hörte ich die Vorlesungen folgender Dozenten:

Cuche, Duquesne, Fournier, Reboud; Eisele, Fuchs, Merkel, Riezler, Rosin, Schultze, Stutz; Bornhak, Dickel, Gierke, Hellwig, v. Liszt, Neubecker, Schmoller, Wolff; Brie, Dahn, Engelmann, Fischer, Gretener, Hedemann, Heilborn, Kleineidam, Klingmüller, Leonhard, Lesser, Sombart, Wolf.

Am 24. September 1906 bestand ich die erste juristische Prüfung vor der Prüfungskommission des Kgl. Oberlandesgerichts zu Breslau und wurde darauf zum Referendar ernannt. Am 29. September 1906 wurde ich bei dem Kgl. Amtsgericht zu Hermsdorf u. K. (Schlesien) vereidigt.

Vom 1. Oktober 1906 bis 30. September 1907 genügte ich meiner einjährigen Dienstpflicht beim 2. Schlesischen Feldartillerie-Regiment Nr. 42 in Schweidnitz.

Von Anfang Oktober 1907 bis Ende Juni 1908 war ich beim Kgl. Amtsgericht zu Hermsdorf u. K. beschäftigt.

Am 21. Juli 1908 bestand ich das mündliche Doktorexamen vor der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Nach Übernahme in den Dienst der allgemeinen Verwaltung bin ich seit 1. Oktober 1908 Regierungsreferendar an der Kgl. Regierung in Posen.